Der Erschließungsvertrag und der Vertrag über die kommunalen Folgelasten

Andreas Zschoch

1976

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547208_0009

Der Erschließungsvertrag und der Vertrag über die kommunalen Folgelasten

I n a u g u r a l d i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors
der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Andreas Zschoch
aus
Radebeul/Sachsen
1976

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Ernst
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Hoppe
Dekan:	Prof. Dr. Schneider

Tag der mündlichen Prüfung: 12. 2. 1976

UNIV. LEIDEN BIBL.

Inhaltsübersicht II

Literaturverzeichnis XVI

Abkürzungsverzeichnis XL

Inhaltsübersicht

A.	Probelmstellung	1
1.	Frage der Kostendeckung für neue Siedlungsgebiete sowie der Verbesserung und Erweiterung vorhandender kommunaler Ausstattung	1
2.	Kostenstand	2
2.1	Um 1965/1966	2
2.2	Neuere Entwicklung	4
2.21	Stadt München	4
2.22	Bayern	4
2.23	Meckenheim - Merl	5
3.	Abwälzungsmöglichkeiten	5
3.1	Regelung des BBauG und deren historische Begründung	6
3.2	Abgaben	10
3.21	Beiträge - Kostendeckungsprinzip	11
3.22	Gebühren - Äquivalenzprinzip	13
3.3	§ 9 KAG Schleswig-Holstein	16
3.4	Steuern gemäß § 3 EinfGRealStG	18
3.41	Anwendbarkeit	19
3.42	Neuregelung durch das Grundsteuergesetz 1974	20
3.5	Anhebung des Realsteuerhebesatzes gemäß Artikel 106 Abs. 6 S. 2 GG	21
3.6	Mehreinnahmen durch Beteiligung der Gemeinde an der Einkommen- und Lohnsteuer	23
3.7	Ausgleich durch Sonderzuwendungen gemäß Artikel 106 Abs. 8 GG	25

3.8	Der Finanzausgleich	25
3.81	Schlüsselzuweisungen	26
3.82	Bedarfszuweisungen aus dem Ausgleichsstock	27
3.83	Zweckgebundene Zuweisungen	27
4.	Sonstige Abwälzungsmöglichkeiten	28
4.1	Städtebauförderungsgesetz	28
4.2	§§ 13, 17 PrAnsiedlG	30
4.21	Außerkraftsetzung	30
4.22	Fortgeltung als Gewohnheitsrecht	31
4.23	Stellungnahme	31
5.	Zusammenfassung	32
6.	Aufgabe der Arbeit	33
B.	Der Erschließungsvertrag	34
I.	Die Erschließung	34
1.	Der Begriff Erschließung	34
2.	Entwicklung des Begriffs Erschließung	34
2.1	Erstmalige Verwendung	34
2.2	Inhaltliche Bestimmung	34
2.21	in § 15 PrFluchtlG und anderen landesrechtlichen Bestimmungen	35
2.22	Entwürfe der Jahre 1930/1931	36
2.23	im Entwurf der Hauptkommission zum BBauG	37
2.24	im Entwurf der Bundesregierung	37

2.25 im BBauG 38

3. Zusammenfassung 39

II. Die Erschließungslast und ihre Grenzen 40

1. Begriff der Erschließungslast 41

2. Träger der Erschließungslast 41

3. Bestimmung des Erschließungsumfanges 43

3.1 nach der Ortsüblichkeit und Erforderlichkeit 43

3.2 unter Berücksichtigung der finanziellen Leistungsfähigkeit 44

4. Bedeutung der gemeindlichen Haushaltsführung und Wirtschaftsführung 45

4.1 Auswirkung des BBauG auf die Finanzhoheit 46

4.2 Deckung durch Schuldenaufnahme 46

4.3 Folgerungen 48

III. Ursprung des Erschließungsvertrages 49

1. Das Preußische Allgemeine Landrecht 49

2. Provinz Posen 50

3. Das Preußische Fluchtliniengesetz 50

3.1	Inhalt des § 15 PrFluchtlG	51
3.2	Begriff des Unternehmers	52
4.	Regelung in Bayern vor 1969	52
5.	Referentenentwürfe von 1930/ 1931 (BauLandG und RStädteG)	54
6.	Entwürfe zum BBauG	54
7.	Zum Unternehmervertrag des § 15 PrFluchtlG	56
7.1	Unterscheidung zwischen Unternehmervertrag im engeren und weiteren Sinne	56
7.2	Folgerungen	58
IV.	Inhalt des Erschließungsvertrages	58
1.	Gegenstand des Erschließungsvertrages	58
1.1	Erschließungsbeitragspflichtige und -freie Anlagen	59
1.2	Einschränkung des Vertragsinhaltes durch die Grundsatzregelung in den §§ 127 ff. BBauG	59
1.3	Räumliche Begrenzung	60
2.	Rechtliche Möglichkeiten der Übertragung der Erschließung	60
2.1	Werkvertrag i. S. d. §§ 631 ff. BGB	61
2.2	der Erschließungsvertrag i. S. d. § 123 BGB	61
3.	Übertragung der Erschließungslast	62

3.1	Gesetzliche Regelung	62
3.2	Vertragliche Regelung - Argumentation für völlige Übertragung	62
3.3	Argumentation gegen Übertragung	63
3.31	Unterscheidung zwischen Übertragung zur Erledigung in eigenem Namen und endgültiger Abwälzung	64
3.32	Schutzfunktion des § 123 Abs. 1 BBauG	65
3.33	Systematik des § 123 BBauG	66
3.34	Die Entwürfe des BBauG	66
4.	Zusammenfassung	67

V. Rechtsnatur des Erschließungsvertrages 68

1.	Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge	68
1.1	kraft Gesetzes	68
1.2	ohne ausdrückliche Ermächtigung	69
2.	Erschließungsvertrag als öffentlich-rechtlicher Vertrag	73
2.1	Kriterien der Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen	73
2.11	Subjektionstheorie	73
2.12	Bedeutung des Vertragsgegenstandes	74
2.2	Folgerungen für den Erschliessungsvertrag	75
2.3	Kritik	76
2.4	Stellungnahme	78

VI. Beitragspflicht der Gemeinde am Erschließungsaufwand nach § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG bei Erschließungsverträgen 81

1. Ablehnende Ansicht 81
1.1 Interessenabwägung 81
1.2 Adressat des § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG 82
1.3 Folgerung aus systematischer Stellung der Vorschrift 82
1.4 § 90 Abs. 2 des II. WoBauG 82

2. Befürworter der Beitragspflicht 83

3. Vermittelnde Ansicht 84
3.1 Mildernder Charakter des § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG 84
3.2 Mißbräuchliche Ausnutzung der Vertragsfreiheit 85
3.3 Interessenlage des Einzelfalles 85
3.4 § 90 Abs. 2 des II. WoBauG 86
3.5 Aushöhlung des § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG 86

4. Stellungnahme des BVerfG und des BVerwG 88

5. Folgerungen 89
5.1 Entwürfe des BBauG 89
5.2 Systematische Stellungnahme des § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG 90
5.3 Argumente der effektiven Belastung 91
5.4 Artikel 3 GG 92

5.5	§ 90 Abs. 2 II. WoBauG	93
6.	Zusammenfassung	94
VII.	Das Formerfordernis beim Abschluß eines Erschließungsvertrages	96
1.	§ 313 BGB	96
2.	Probleme der analogen Anwendung	96
2.1	Blick auf das StBauFöG	97
2.2	Blick auf die §§ 16, 17 Preußisches Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum	97
2.3	Schriftform als Gewohnheitsrecht	97
2.4	Erforderlichkeit einer analogen Anwendung	97
3.	Gegenansicht	98
3.1	Ausfüllung von Gesetzes Lücken durch Heranziehung von allgemeinen Grundsätzen des Bürgerlichen Rechts	98
3.2	Schutzgedanke des § 313 BGB nicht zwingend	99
3.3	Systemwidrigkeit einer Analogie	94
3.4	Parallelbestimmungen	94
4.	Schlußfolgerungen	101
5.	Zusammenfassung	102

B. Der Vertrag über die kommunalen Folgelasten 103

I. Der Begriff der Folgelasten und ihre Deckung 103

1. Aussage des BBauG 103

2. Umfang der Folgelasten 103

3. Konsequenzen 106

II. Die Rechtsnatur des Folgelastenvertrages 107

1. Problemstellung 107

2. Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge 107

3. Rechtsnatur des Folgelastenvertrages 108

3.1 Privatrechtliche Argumentation 109

3.11 Literatur 109

3.12 Rechtsprechung 110

3.2 Öffentlich-rechtliche Argumentation 111

3.21 BGH 111

3.22 BVerwG 112

3.23 Literatur 114

4. Stellungnahme 117

4.1	Keine Lastenverschiebung öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten	117
4.2	Übernahme einer privatrechtlichen Verpflichtung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages	117
4.3	Bedeutung des Gesamtcharakters der Vereinbarung	118
5.	Ergebnis	120
III.	Zulässigkeit des Folgelastenvertrages	121
1.	Problemstellung	121
2.	Stand der Auseinandersetzung	122
2.1	Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte	122
2.11	Verwaltungsgerichte	122
2.12	BVerwG	123
2.2	Zivilgerichte	125
2.3	Literatur	127
2.31	Ablehnung	127
2.311	Verkauf eines Verwaltungsaktes	127
2.312	Artikel 20 Abs. 3 GG	128
2.313	Vertrag über die Handhabung der Rechtsetzung	129.
2.32	Befürwortung	129
2.321	§ 134 BGB	129
2.322	§ 138 BGB	129
2.323	Verstoß gegen Koppelungsverbot	129
2.324	Einschränkung der Dispositionsfreiheit ohne Ermächtigungsgrundlage	131

2.325	Einführung verdeckter Steuern	132
3.	Stellungnahme unter Bezug auf Artikel 20 Abs. 3 GG	132
3.1	§ 17 PrAnsiedlG	133
3.2	Vertrag über Handhabung der Rechtsetzung	134
3.3	Einschränkungen durch das Baurecht im weiteren Sinne	136
4.	Bedeutung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinde gemäß Artikel 28 Abs. 2 GG beim Abschluß von Folgelastenverträgen	137
4.1	Institutioneller Schutz durch Artikel 28 Abs. 2 GG	138
4.2	Schutz vor Eingriff seitens des Bundes oder des Landes	138
4.3	Verzicht auf das Grundrecht der Selbstverwaltung	139
4.31	Verzichtbarkeit	139
4.32	Verzicht auf die Ausübung	142
4.4	Folgerungen	144
5.	Einfluß des Artikel 3 GG auf die materielle Zulässigkeit des Folgelastenvertrages	145
5.1	Grundaussage des Artikel 3 GG	145
5.2	Der Folgelastenvertrag und Artikel 3 GG	145
5.3	Der Begriff des Planungsermessens	146
5.4	Ermessensfehlgebrauch im Planungsbereich	149
5.5	Einschränkung des Planungsermessens durch Ausnutzung seitens des Unternehmers	154

5.6	Bevorzugung eines Bauwerbers	156
5.7	Gleichbehandlungsanspruch nur gegenüber derselben Gemeinde	157
5.8	Selbstbindung im Planungsbereich	157
5.9	Schlußfolgerung	159
6.	Einfluß des § 138 BGB auf die Zulässigkeit des Folgelastenvertrages	159
6.1	Anwendbarkeit bürgerlichrechtlicher Vorschriften im öffentlichen Recht	159
6.2	Ausnutzung einer Machtposition seitens der Gemeinde	159
6.21	Haushaltsplanrechtliche Pflichten	160
6.22	Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Pflichten bei unvorhergesehener Vergrößerung der Gemeinde	161
6.3	Ausnutzung einer Machtposition seitens des Bauunternehmers	162
6.4	Ergebnis	164
7.	Das sog. Koppelungsverbot und der Folgelastenvertrag	164
7.1	Grundsätzliche Geltung	164
7.2	Einschränkungen	165
7.21	Sachlicher Zusammenhang	166
7.22	Schaffung von Voraussetzungen	167
7.23	Freiwilligkeit	168
7.3	Ergebnis	169
8.	Einfluß des Prinzips der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns auf Folgelastenverträge	170

8.1	Geeignetheit und Erforderlichkeit des Folgelastenvertrages	170
8.2	Verhältnismäßigkeit der Gegenleistungen	170
8.3	Beteiligungspflicht der Gemeinde an den Folgekosten	171
9.	Bedeutung des Zeitpunktes für die Zulässigkeit eines Folgelastenvertrages	173
9.1	§ 2 Abs. 1 BBauG	174
9.2	§ 9 Abs. 6 S. 2 BBauG	175
9.3	Fallkonstellation der §§ 30, 32 S. 1 BBauG	176
9.31	Einfluß einer fehlenden Begründung gemäß § 9 Abs. 6 S. 1 BBauG	177
9.32	Theorie von Knobloch	178
9.33	Grundsatz der Baufreiheit	179
9.331	Die Baufreiheit als verfassungsrechtlich geschütztes Rechtsgut	179
9.332	Der individualistisch-liberale Eigentumsbegriff	180
9.333	Folgerungen für die Zulässigkeit eines Folgelastenvertrages	182
9.34	Fazit für die Fallkonstellation der §§ 30, 31 S. 1 BBauG	183
9.4	Verspätete Planaufstellung	184
9.5	Fallkonstellation des § 33 BBauG	185
9.6	Fallkonstellation des § 34 BBauG	186
9.7	Vorzeitige Planung im Außenbereich und die Fallkonstellation i. S. d. § 35 BBauG	187

	9.71	Fälle des § 35 BBauG	187
	9.72	Vorzeitige Beplanung des Außenbereichs	187
	9.8	Nachträglicher Eintritt von unvorhersehbaren Ereignissen bei vorhandenem Bebauungsplan und deren Einfluß auf die Zulässigkeit eines nachträglichen Abschluß eines Folgelastenvertrages	189
	9.81	Argumente für die Zulässigkeit	190
	9.82	Bedenken	191
	9.83	Grundsatz der Baufreiheit	191
	9.84	Planänderung oder Planaufhebung	192
	9.85	Veränderungssperre	193
	9.86	Anderweitige Behelfsmöglichkeiten	194
	9.861	Kreditaufnahme und Steuererhöhung	194
	9.862	Zuwendungen und Zuschüsse des Bundes und der Länder	194
	9.87	Wirtschaftliche Erwägungen	196
	10.	Zusammenfassung	196
IV.		Die Form des Folgelastenvertrages	198
	1.	Grundsätzliche Formfreiheit	198
	2.	Bedenken	198
V.		Das Problem der gerichtlichen Kontrolle	199

1.	Vermutung der grundsätzlichen Unzulässigkeit	199
2.	Kontrollmöglichkeiten der Gerichte und Aufsichtsbehörden nach dem BBauG	200
2.1	Begründungszwang	200
2.2	Rechtskontrolle und politische Entscheidung	202
2.3	Angemessenheit des Folgelastenbeitrages	203
3.	Zusammenfassung	204

Literaturverzeichnis

Abreß, H.	Erschließungskosten und Nachfolgelasten aus der Sicht der Gemeinde, in DEBA - Bericht über die Jahrestagung 1969, S. 30 ff.
Achterberg, N.	Probleme der Funktionenlehre, München 1970
Apelt, W.	Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1920
ders.,	Der verwaltungsrechtliche Vertrag, in AöR 84 (1959), S. 249 ff.
Asam, M.	Kommunale Folgelasten und ihre Abwälzung durch Vertrag, in BayVBl. 67, S. 186 ff.
Bachof, O.	Die Rechtsprechung des BVerwG, in JZ 62, S. 350 ff.
ders.,	Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, in JZ 1955, S. 97 ff.
Barocka, E.	Die Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Erhebung von Gebühren und Beiträgen für kommunale Abwasseranlagen, ihre Möglichkeit, Problematik und Grenzen, in DVBl. 60, S. 825 ff.
Bauernfeind, E.	Die Kostenbeteiligung der Gemeinden bei Erschließungsverträgen, in BuG 67, S. 219 ff.
dies.,	Streitfragen im Bundesbaugesetz, in Gemeinderat 62, S. 10 ff., 74 ff.
Baur, F.	Stellungnahme zu einem Artikel von Ziegler, in DVBl. 70, S. 825 ff.
Becker, E.	Der Finanzausgleich, der Verwaltungsverbund und die Selbstverwaltungsgarantie, in Kommunale Finanzen, Schriftenreihe der Hochschule in Speyer, Bd. 8, Stuttgart 1960

Beinhardt, G.	Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht, in VA 55 (1964), S. 211 ff.
Bettermann,	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21. 12. 1964 in JZ 66, S. 443 (= BGHZ 43, S. 34 = DVBl. 65, S. 276), in JZ 66, S. 445
Bielenberg, W.	Städtebauförderungsgesetz, Kommentar, herausgegeben von Bielenberg, Kerneck, Roosch, München 1973
ders.,	Abwälzung der Folge- und Nachfolgelasten bei Erschließungen? in DVBl. 67, S. 255 ff.
Bisek, N.-Z.	Der öffentlich-rechtliche Vertrag nach dem Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes in der Fassung von 1963, in der "Münchener Fassung" von 1960 und dem schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetz, Diss., Münster 1970
Bleckmann, A.	Subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, in VA 63 (1972), S. 404 ff.
Bonczek-Förster-Gassner	Vorschläge zur Fortentwicklung des Beitragsrechts für städtebauliche Aufschließungsmaßnahmen; Forschungsauftrag im Auftrag BMBauSt II 4-704102-62/1973, in Schriftenreihe "Städtebauliche Forschung" des BMin für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau 03. 011/1973
Bonczek-Halstenberg,	Bauboden, Bauleitplanung und Bodenpolitik, Hamburg 1963
Bonner Kommentar,	Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, herausgegeben von Abraham, Badura u. a., zit.: Bonner Kommentar, Hamburg 1974

Bouska, W.	Welchen Einfluß hat die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Gemeinde auf ihre Planungshoheit, in BayBgm 69, S. 85 ff.
Braun, J.	Die Erschließung von Bauland nach dem BBauG unter besonderer Berücksichtigung der bayerischen Gemeindepraxis, Diss., Würzburg 1967
Brohm, W.	Rechtsschutz im Planungsrecht, in "res publica", Beiträge zum öffentlichen Recht, herausgegeben von E. Forsthoff, Bd. 3, Stuttgart 1959
Brügelmann-Verfasser,	Das Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960, Kommentar, Loseblattsammlung, bearb. von Brügelmann, Förster, Grauvogel, Meyer, Pohl, Stahnke, sog. Kohlhammer - Kommentar, Köln 1974 zit.: Brügelmann-Verfasser
Brüggemann, Th.	Zum Verzicht von Zivilpersonen im Verwaltungsrecht, Diss., Münster 1965
Bull, H. P.	Wohnungsbau und Gemeindefinanzen - über die gerechte Verteilung der Erschließungskosten und Folgelasten, in JR 65, S. 338 ff.
Bullinger, M.	Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962
Camphausen, A. v.	Die Koppelung von Verwaltungsakten mit Gegenleistungen im Vertragswege im Bau- und Bauordnungsrecht, in DÖV 67, S. 662
Cholewa, E. W.	Erschließungsbeitragsrecht. Erschließung und Erschließungsbeiträge nach dem BBauG, 3. Aufl., Köln 1967

ders.,	Zweifelsfragen aus dem Recht der Erschließung und des Erschließungsbeitrags, in KStZ 62, S. 28 ff.
Clasen, H.	Die Ansiedlungsgenehmigung, in DÖV 62, S. 130
Creutzig, J.	Verfassungskonforme Auslegung der §§ 6 Abs. 4 und § 11 Satz 1 des BBauG, in DÖV 68, S. 236
Dahm, K.	Erschließung und Erschließungsbeiträge in der kommunalen Praxis, in Schriftenreihe Fortschrittliche Kommunalverwaltung, Bd. 3 Köln 1965
Dahmen-Küffmann,	Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen mit Verwaltungsverordnungen und Satzungsentwürfen, Kommentar, Berlin 1970
Daub, M.	Bebauungsplanung, 3. Aufl., Stuttgart 1973
Degmair, A.	Nachfolgelasten bei neuen Wohnungsbaugebieten, in KStZ 65, S. 169 ff.
Depiereux, A.	Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, Siegburg 1972
Dieckmann, C.	Das Fluchtliniengesetz vom 2. Juli 1875 und das Wohnungssiedlungsgesetz vom 22. September 1933 nebst technischen Ausführungsvorschriften, Herford 1936, Nachtrag Berlin 1938
Dittus, W.	Einführung in das BBauG, Frankfurt 1961
Dombrowski, H.	Mißbrauch der Verwaltungsmacht - zum Problem der Koppelung verschiedener Verwaltungszwecke, Diss., Mainz 1967

Dohnanyi, Kl. v.	Stadtentwicklung als politische Aufgabe, in BBauBl. 68, S. 566 ff.
Eckert, L.	Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen, in DVBl. 62, S. 11 ff.
Ehmke, H.	"Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, Tübingen 1960
Eich,	Schuldverhältnisse bei Anliegerbeiträgen nach § 15 Fluchtliniengesetz, in KStZ 53, S. 165 ff.
Englert-Mang	Die Bayerische Bauordnung mit den einschlägigen Bestimmungen des Bundes und der Länder, 11. Aufl., München 1957
Erichsen, H.-U.	Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. 1, Frankfurt 1972
ders.,	Aus der Praxis der Verwaltung und der Verwaltungsgerichte, in VA 63 (1972), S. 441 ff.
Ernst, U.	Die Mehrbelastung nach § 3 des Einführungsgesetzes zum Realsteuergesetz, Diss., Münster 1968
Ernst, W.	Rechtsfragen des Städtebauförderungsgesetzes, in Schriftenreihe des Zentralverbandes der Deutschen Haus- und Grundeigentümer e. V., Heft 30, Düsseldorf 1970
Ernst-Zinkahn-Bielenberg	Bundesbaugesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, bearb. von Ernst, Zinkahn, Bielenberg u. a., München 1974, zit.: Ernst-Zinkahn-Bielenberg
Eyermann-Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Aufl., München 1974

Fachinger, J.	Die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Auflagen, in DVBl. 49, S. 118 ff., 145 ff.
Fellner,	Zum vertraglichen Freibau, eine Anmerkung zu BVerwG vom 24. 10. 1956 - V C 236/54 -, in ZMR 57, S. 185 f.
Fickert, H. C.	Umfang des Planungsermessens bei der bundesfernstraßenrechtlichen Planfeststellung - Beitrag zur Bestandsaufnahme und zur Frage der verwaltungsgerichtlichen Überprüfbarkeit, in BauR 71, S. 1 ff.
Finkler, F.	Das Erschließungsrecht, Kommentar, 2. Aufl., Göttingen 1967
ders.,	Um die sog. Kulturbeiträge, in NiedersGem. 64, S. 15 f.
Fleiner, F.	Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928
Forsthoff, E.	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., München 1973
ders.,	Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 24. 10. 1956 (DVBl. 57, S. 72 ff.), in DVBl. 57, S. 725 ff.
ders.,	Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, Köln 1958
Franzen, W.	Der Unternehmervertrag nach § 123 Abs. 3 BBauG, in BlGBWR 62, S. 165 ff.
Friauf, K. H.	Baurecht und Raumordnung, in Besonderes Verwaltungsrecht, herausgegeben von I. v. Münch, bearb. von Badura, Friauf u. a., S. 384 ff., 3. Aufl., Frankfurt 1972

Friedrichs, K.	Allgemeiner Teil des Rechts, Berlin 1927
ders.,	Wieweit sind die Vorschriften des BGB auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar? in ArchbürgPrax. 42 (1916), S. 28 ff.
Frohberg, G.	Eigentumsgewährleistung durch Planungsgebundenheit, in JR 63, S. 174 ff.
Fuchs, M.	Der Wiederbeschaffungswert als Bewertungsmaßstab, in GemHaushalt 69, S. 33 ff.
Gaentzsch, G.	Städtebauförderungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Siegburg 1972
Gassner, E.	Städtebau auf dem Lande, in BBauBl. 66, S. 536 ff.
Gelzer, K.	Bauplanungsrecht, 2. Aufl., Köln 1972
Germershausen-Seydel,	Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, Bd. 1, 4. Aufl., 1932, Nachdruck 1955
Giacometti, Z.	Allgemeine Lehre des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Bd. 1 Zürich 1961
Giese-Fricke,	Das Haushaltsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, Kommentar zu LHO und LV Art. 81 - 88, München 1972
Gladen,	Der Erschließungsvertrag und die Selbstbeteiligung der Gemeinde nach dem BBauG, in ZMR 63, S. 33 ff.
Gönnewein, O.	Gemeinderecht, Tübingen 1963

Götz, V.	Der rechtswidrige verwaltungsrechtliche Vertrag, in DÖV 73, S. 298 ff.
ders.,	Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages, in JuS 70, S. 1 ff.
Groothold,	Rechtsgrundsätze des Anliegerbeitragsrechts, in DVBl. 60, S. 127 ff.
Grunewald, Ch.	Erschließungskosten und Nachfolgelasten aus der Sicht des Bauträgers, in DEBA - Bericht über die Jahrestagung 1969, S. 40 ff.
Gygi, F.	Verwaltungsrecht und Privatrecht, Bern 1956
Händel, W.	Das Anliegerbeitragsrecht, Göttingen 1957
Halstenberg, F.	Städteerneuerung und Eigentumsordnung in der BRD, in Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 2, Berlin 1964
ders.,	Die Versorgungswirtschaft im Städtebaurecht, Köln 1963
Hamann, A.-Lenz, H.	Das Grundgesetz vom 23. Mai 1949, für die BRD, Kommentar, 3. Aufl., Berlin 1970
Handwörterbuch der	Raumforschung und Raumordnung, 2. Aufl., Hannover 1970
Hansmeyer, K.-H.	Gemeindliche Schuldaufnahme und wirtschaftliches Wachstum, in AfK 4 (1956), S. 197 ff.

Haueisen, F.	Unterschiede in den Bindungswirkungen von Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlichen Vertrag, gerichtlichem Vergleich und Urteil, in NJW 63, S. 1329 ff.
ders.,	Zur Zulässigkeit, Wirksamkeit und Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, in NJW 69, S. 122 ff.
Heckt, W.	Die Neuordnung der verfassungsrechtlichen Grundlage der gemeindlichen Selbstverwaltung, in DÖV 57, S. 164 ff.
Heidorn, H.-H.	Finanzzuweisungen und Selbstverwaltungsgarantie, Diss., München 1970
Heitzer-Oesterreicher,	Das Bundesbaugesetz, Handkommentar, 5. Aufl., Berlin 1973
Helmert, O.	Haushalts-, Kassen-, Rechnungswesen, Berlin 1961
Hennings, G.	Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 4. 3. 1964, in NiedersGem. 64, S. 118 ff.
Herzner, E.	Die städtebauliche Ordnung in Stadt und Land, 2. Aufl., Göttingen 1968
Hillermeier, H.	Wirksamkeit von Verträgen über gemeindliche Nachfolgelasten, in BayBgm 70, S. 154 ff.
Holliger, S.	Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, Diss., Zürich 1904

Hoppe, W.	Bauleitplanung und Eigentumsgarantie - zum Abwägungsgebot des § 1 Abs. 4 S. 2 BBauG, in DVBl. 64, S. 165 ff.
ders.,	Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit (§ 1 Abs. 4 und 5 BBauG). Das Urteil des BVerwG vom 12. 12. 1969 zum Abwägungsgebot (§ 1 Abs. 4 S. 2 BBauG) und seiner Rechtskontrolle, in BauR, S. 15 ff.
ders.,	Zur Struktur von Normen des Planungsrechts, in DVBl. 74, S. 641 ff.
Hucko, E.	Die Übertragung von Folgelasten auf einen Unternehmer in einem Erschließungsvertrag nach § 123 Abs. 3 BBauG, in KStZ 64, S. 176 ff.
ders.,	Der Erschließungsvertrag nach § 123 Abs. 3 BBauG und der Mindestbeitrag der Gemeinde nach § 129 BBauG, in KStZ 64, S. 178 ff.
Imboden, M.	Der verwaltungsrechtliche Vertrag, in Baseler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 48, 1958
Jellinek, W.	Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Zürich 1966
Jesch, D.	Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips, Tübingen 1961
ders.,	Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, in AöR 82 (1957), S. 163 ff.

Johlen,	Aktuelle Fragen des Erschließungsvertragsrechts, in DVBl. 72, S. 881 ff.
Jung, H.	Die Abwälzung von Folgekosten durch Erschließungsverträge, in BuG 67, S. 58 ff.
Kellner,	Einiges zum behördlichen Ermessen, in DÖV 69, S. 309 ff.
Klein, H.	Bemerkungen zu Art. 12 Abs. 2 S. 1 GG, in DÖV 61, S. 844 ff.
Klinger, H. v.	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl., Göttingen 1964
Klippel,	Müssen die Gemeinden Erschließungsbeiträge erheben?, in KommunalpolBl. 61, S. 148 ff.
Knack, H. J.	Der öffentlich - rechtliche Vertrag im Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, in DVBl. 65, S. 709 ff.
Knaup - Ingenstau	Das Bundesbaugesetz, Kommentar, 4. Aufl., Düsseldorf 1969
Knobloch, E.	Die kommunalen Nachfolgelasten, Diss., München 1970
Koch, H.	Ferienwohnanlagen der Alpenrandzone und ihre Problematik für die Gemeinden, in BayVBl. 65, S. 293 ff.
Koch - Molodowsky	Bayerische Bauordnung, Kommentar, 5.Aufl., München 1969
Kodal, K.	Straßenrecht, 2. Aufl., München 1964
Kopp, F.	Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, München 1970

Koronsky, K.	Der kommunale Finanzausgleich in der BRD, in Institut "Finanzen und Steuern" e. V., Heft 97, Bonn 1971
Kottke, J.	System des subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrages, Diss., Hamburg 1966
Krauss, R. v.	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, Hamburg 1955
Kreutzer, R.	Selbstbindung der Verwaltung durch Verwaltungsvorschriften, in MDR 70, S. 564 ff.
Krüger, H.	Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964
Kuhn, G.	Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein, Kommentar, Flensburg 1968
Larenz, K.	Methodenlehre, 1960
Leibholz-Rinck,	Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl., Köln 1971
Leisner, W.	Verwaltungspreis - Verwaltungssteuer, Betrachtungen zu den Gebührengrundsätzen, in Gedächtnisschrift für H. Peters, S. 730 ff.
Lenz, D.	Haushaltsanalyse 1974, in Deutscher Städtetag 1974, S. 2 ff.
Lerche, P.	Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961

Lindner, G.	Die Abgrenzung zwischen Enteignung und Eigentumsbindung im Bereich des heutigen Boden- und Baurechts, Diss., Frankfurt 1956
Lohbeck, E.	Der Erschließungsvertrag, in BB 71, S. 1395 ff.
Ludyga, H.-J.	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17. 4. 1966 - III ZR 190/64 -, in BayBgm 66, S. 270 ff.
Mang, J.	Die neue Bayerische Bauordnung, in BayVBl. 62, S. 263 ff.
Mang-Simon,	Bayerische Bauordnung, Kommentar, München 1973
Mangoldt-Klein, v.,	Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., Frankfurt 1957
Marschall, H.	Bundesfernstraßengesetz, Kommentar, 3. Aufl., Bonn 1971
Martens, J.	Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag, in AöR 89 (1964), S. 429 ff.
Maunz, Th.	Neue Entwicklungen im öffentlichen Bodenrecht, in BayVBl. 73, S. 569 ff.
ders.,	Deutsches Staatsrecht, Studienbuch, 19. Aufl., München 1973
Maunz-Dürig-Herzog,	Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, München 1974; zit.: Maunz-Dürig
Mayer, O.	Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, in AöR 3 (1888), S. 3 ff.

Meder, G.	Verwaltungsermessen und Rechtssatzkontrolle, in DVBl. 70, S. 857 ff.
Menger, Ch. F.	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in VA 52(1961), S. 100 ff.
ders.,	Zum Kopplungsverbot bei öffentlich-rechtlichen Verträgen, in VA 64(1973), S. 203 ff.
ders,,	Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, in Festschrift für H. J. Wolff zum 75. Geburtstag, München 1973
Menger - Erichsen,	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in VA 58(1967), S. 171 ff.
Mengert, F.	Statistische Untersuchungen zur Gemeindefinanzreform (Troeger - Gutachten), in Probleme der Haushalts- und Finanzplanung, Berlin 1969
Merk, B.	Eröffnungsrede zur DEBA - Jahrestagung 1969, in DEBA - Bericht über die Jahrestagung 1969, S. 5 ff.
Merk, W.	Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, Berlin 1970
Mertens, H. - J.	Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes, Hamburg 1963
Meyer, H.	Die Finanzverfassung der Gemeinden, in Schriftenreihe des Vereins für Kommunalwissenschaften e. V. Berlin, Bd. 22, Stuttgart 1963

Meyer, Kl.	Der Erschließungsvertrag im Sinne des § 123 Abs. 3 BBauG, in ZMR 72, S. 37 ff.
Meyer-Stich-Tittel,	Bundesbaurecht, in M. v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. V, 1. Hbd., Köln 1966
Middel, D.	Öffentlich-rechtliche Willenserklärung von Privatpersonen, Berlin 1971
Mörtel, G.	Der öffentlich-rechtliche Vertrag und das Legalitätsprinzip, in BayVBl. 65, S. 216
Müller, H.	Die ungeschriebenen (ungesetzten) Rechtsquellen der Verwaltung im Lichte des Grundgesetzes, Diss., Würzburg 1970
Müller, H.-J.	Das Ermessen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in DÖV 69, S. 119 ff.
Müller-Tochtermann,	H., Der unbestimmte Rechtsbegriff - logisch unhaltbar oder sinnvoll?, in NJW 62, S. 1238 ff.
Muthesius, Th.	Kostenträger bei kommunalen Folgeeinrichtungen - Rechtsgutachten zu der Frage, inwieweit bei Stadtneugründungen ein Anspruch der Gemeinde auf die sog. Erstausstattung besteht, Diss., Mainz 1967
Mutius, A. v.	Zulässigkeit und Grenzen verwaltungsrechtlicher Verträge über kommunale Folgelasten, in VA 65 (1974), S. 201 ff.
ders.,	Gemeindeanteil am Erschließungsaufwand gemäß § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG auch bei Abschluß eines Erschliessungsvertrages?, in DVBl. 70, S. 49 ff.

Nebiger, R.	Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Stuttgart 1946
Neumann-Duesberg,	Koppelung baurechtlicher Amtsmaßnahmen mit wirtschaftlichen Gegenleistungen des Bauherrn, in BlGBWG 67, S. 64 ff.
Oberläuter, W.	Die verfassungsrechtliche Bedeutung des Kostendeckungsprinzips im Gebührenrecht, in DÖV 62, S. 48 ff.
Oestereicher, E.	Die Rechtsgrundlagen der Erschließungskosten und Nachfolgelasten, in DEBA - Bericht über die Jahrestagung 1969, S. 8 ff.
Ossenbühl, F.	Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Berlin 1968
ders.,	Tendenzen und Gefahren der neuen Ermessenslehre, in DÖV 68, S. 618 ff.
ders.,	Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff, in DÖV 70, S. 84 ff.
ders.,	Administrative Selbstbindung durch gesetzwidrige Verwaltungsübung? in DÖV 70, S. 264 ff.
ders.,	Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung, in DVBl. 74, S. 309 ff.
Pagenkopf, H.	Kommunalrecht, Köln 1971
Palandt,	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, bearb., von Danckelmann, Degenhart, Diederichsen, Heinrichs u. a., 33. Aufl., München 1974
Papier, H.-J.	Die rechtlichen Grenzen der Bauleitplanung, in DVBl. 75, S. 461

Patzig, W.	Der kommunale Finanzausgleich, in M. v. Brauchtisch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. II, Ergänzungsband, Köln 1966
ders.,	Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, Kommentar, Köln 1970
Pesl, D.	Der Städtische Grund und Boden, München 1912
Peters, H.	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Göttingen 1949
Pfizer, Th.	Kommunalpolitik, Stuttgart 1973
Pieper, G.	Zulässigkeit und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Verhältnis Staat - Bürger, insbesondere im Vergleich zur Funktion des Verwaltungsaktes, in DVBl. 67, S. 11 ff.
Ramstein, K.	Die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Winterthur 1959
Rauball, J.	Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2. Aufl., München 1974
Rebhan, M.	Öffentlich-rechtliche Verträge im Bereich des Erschließungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts, Diss., Frankfurt 1972
Redeker, K.	Staatliche Planung im Rechtsstaat, in JZ 68, S. 537 ff.
Rinck, H. J.	Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache, in JZ 63, S. 521 ff.
Ritter, E.-H.	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 31. 1. 1966, in NJW 66, S. 1355

Röskau, M.	Abwälzung von Folgekosten im Spiegel der Rechtsprechung, in KStZ 69, S. 192 ff.
Rüfner, W.	Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft - Untersuchung zum Problem der leistenden Verwaltung, in Schriftenreihe zum öffentlichen Recht Bd. 44, Berlin 1967
Rumetsch, R.	Kommunalabgabengesetz für Rheinland-Pfalz, Kommentar, 2. Aufl., Siegburg 1966
Rupp, H. - H.	Grundlagen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965
ders.,	Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, in DVBl. 58, S. 113
ders.,	Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit, in NJW 69, S. 1273 ff.
ders.,	Verwaltungsakt und Vertragsakt, in DVBl. 59, S. 81 ff.
Salzwedel, J.	Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich - rechtlichen Vertrages, Berlin 1958
Saran, W.	Das Baufluchtliniengesetz, Gesetz betreffend die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Gemeinden vom 2. Juli 1875, 2. Aufl., Berlin 1954 (Nachdruck)
Schatz, O.	Die Rechtswidrigkeit der Anordnung kommunaler Folgelasten, in BayVBl 67, S. 379 ff.

Scheel, W.	Die Grundsätze des Finanzausgleichs, in SKV 56, S. 69, 117, 138 ff.
Scheerbarth, W.	Allgemeines Bauordnungsrecht, 2. Aufl., Köln 1966
Scheuner, U.	Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in Recht - Staat - Wirtschaft, Bd. 4, S. 89 ff., Köln 1953
ders.,	Schutz des Eigentums, Hannover 1966
Schmidt, H.	Handbuch des Erschließungsrechts, 3. Aufl., Köln 1972
Schmidt, J. W.	Gemeindefinanzreformgesetz mit Kommentar, in Neue Kommunale Schriften, Heft 13, Köln 1970
Schmidt, W.	Gleichheitsbindung an Verwaltungsvorschriften, in JuS 71, S. 184 ff.
Schmidt-Aßmann,	Grundfragen des Städtebaurechts, Göttingen 1972
Schmidt-Bleibtreu-Klein,	Kommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl., Neuwied 1970
Schmidt-Salzer, J.	Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, Berlin 1968
ders.,	Die normstrukturelle und dogmatische Bedeutung der Ermessensermächtigung, in VA 60 (1969), S. 261 ff.
Schneider	Unternehmerverträge und Erschliessungskosten, in Rathaus 1964, S. 73
Schreiber, E.	Folgelasten der Nachbargemeinde, in BayVBl. 73, S. 606 ff.

Schrödter, H.	Das Bundesbaugesetz, Kommentar, 3. Aufl., Berlin 1973
ders.,	25 Jahre verwaltungsrechtliche Rechtsprechung zum Städtebaurecht, in DVBl. 73, S. 763 ff.
Schulze, E.	Baudispensverträge, in Schriftenreihe der Westfälischen Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie, Heft 32, Diss., Münster 1964
Schütz-Frohberg,	Bundesbaugesetz, Kommentar, 3. Aufl., Berlin 1970
Sendler, H.	Zulässigkeit von Bauvorhaben - Die §§ 29 - 34 des Bundesbaugesetzes, in BBauBl. 68, S. 12, 63 ff.
Soergel-Verfasser,	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10. Aufl., Berlin 1967 ff., zit.: Soergel-Verfasser, § und Rdn.
Steeb, G.	Folgekosten kommunaler Siedlungen und ihre Finanzierung, Köln 1965
Stein, E.	Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, in AöR 86 (1961), S. 320 ff.
Stern, Kl.	Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, in VA 49 (1958), S. 106 ff.
Strauß-Thoerney-Saß,	Das Straßen- und Baufluchtengesetz vom 2. Juli 1875, Kommentar, Berlin 1934
Streit, Ch.	Erschließungsbeiträge und Beiträge nach dem § 9 KAG, Diss., Clausthal-Zellerfeld 1968
Strunz,	Das Erschließungsrecht nach dem BBauG vom 23. 6. 1960, in SKV 61, S. 7, 32 ff.
ders.,	Vorausleistung auf den Erschließungsbeitrag und Ablösung der Beitragspflicht nach § 123 Abs. 3 BBauG, in SKV 62, S. 118 ff.

Suckow, H.	Zur Problematik der Ansiedlungsleistungen nach dem preußischen Ansiedlungsgesetz, in KStZ 64, S. 153 ff.
Teichgräber, W.	Bebauungsdichte und Erschließungsaufwand, in BuG 67, S. 458 ff.
Thiel, F.	Zur Handhabung der Reichsgaragenordnung, in DVBl. 54, S. 349 ff.
Thiel - Frohberg,	Garagenbaurecht der Bundesländer, 2. Aufl., Düsseldorf 1965
Thiem, H.	Die neuen Kommunalabgabengesetze in den Bundesländern, in DVBl. 72, S. 129 ff.
Tittel, H.- J.	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14. 7. 1966 (DVBl 67, S. 36 ff.), in DVBl. 67, S. 38 f
Trapp, G.	Die Behandlung von Erschließungskosten in sog. Unternehmerverträgen, in BlGBWR 68, S. 126 ff.
Troll, M.	Grundsteuergesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 1974
Ule, C. H.	Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in Forschung und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Jellinek, herausgegeben von Bachof, Gönnewein u.a., München 1955
Ullrich, K.	Zur Selbstbeteiligung der Gemeinde an den Erschließungskosten auch bei Erschließungsverträgen, in KStZ 70, S. 28 ff.

Vialon, F. K.	Haushaltsrecht, Kommentar zur RHO etc., 2. Aufl., Berlin 1959
Wach, H.	Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 4. 2. 1966 - IV C 64/65 -, in DVBl. 67, S. 47
Wachsmuth, H.-J.	Erschließungsvertrag und Architektenvertrag in der Bauleitplanung, Stuttgart 1969
Weber, H.	Beitragsrückgewähr nach irrtümlich angenommener Mitgliedschaft in Zwangsverbänden, in JuS 70, S. 169 ff.
Weinisch, K.	Das Baurecht in Bayern, Kommentar, bundesrechtlicher und landesrechtlicher Bestimmungen, herausgegeben von Weinisch, Wambsganz, Stadler, Bd. 1, München 1969
Werner, F.	Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, in AöR 81 (1956), S. 84 ff.
Westermann, H.	Die Befugnis zum Bauen nach der Rechtsprechung und nach dem Bundesbaugesetz als Frage nach der Inhaltsbestimmung des Grundeigentums im Rahmen von Art. 14 GG, in Festschrift für Nipperdey zum 70. Geburtstag, S. 765 ff., München 1965
Wiethaup, H.	Über das preußische Straßenanliegerbeitragsrecht, in DVBl. 56, S. 46 ff.
ders.,	Einzelfragen zum Recht der Baugenehmigung, in BB 51, S. 911 ff.

ders.,	Grundsteuermehrbelastung, in DGStZ 56, S. 35 ff. und 58, S. 33 ff.
Wilde, Kl.	Der Verzicht auf subjektiv - öffentliche Rechte, Diss., Hamburg 1966
Wilhelm,	Beschränkbarkeit der Grundrechte im Beamtenrecht, in BayVBl. 63, S. 365 ff.
Willigmann, K.	Kopplung von Verwaltungsakten mit wirtschaftlichen Gegenleistungen, in DVBl. 63, S. 229 ff.
Winkler, E. - G.	Aufgaben und Grenzen der gemeindlichen Kreditaufnahme, in Schriftenreihe des IFO - Instituts für Wirtschaftsforschung, Bd. 45, Berlin 1961
Wittig, P.	Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, in DÖV 68, S. 817 ff.
Wolff, H. - J.	Verwaltungsrecht, Lehrbuch, Bd. 1 9. Aufl., München 1974, Bd. 3, 3. Aufl., München 1973
ders.,	Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, in AöR 76(1950), S. 205 ff.
Zeitel, G.	Eigentümlichkeiten und Grenzen der Kommunalverschuldung, in Gemeindewirtschaft und Unternehmerwirtschaft, Festschrift für R. Johns, S. 61 ff. Göttingen 1965

Ziegler, J. Die Anwendung des § 313 BGB auf den Erschließungsvertrag nach § 123 Abs. 3 BBauG als öffentlich-rechtlichen Vertrag, in DVBl. 70, S. 825 ff.; DVBl. 71, S. 425 ff. und DVBl. 72, S. 215 ff.

Zinkahn, W. Stadterneuerung und Bodenrecht, in BBauBl. 68, S. 102 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AfK	Archiv für kommunale Wissenschaft
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 1. 6. 1794
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabeordnung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
ArchbürgR	Archiv für bürgerliches Recht
ArchbürgPrax	Archiv für bürgerliche Praxis
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung von Entscheidungen
Aufl.	Auflage
Bad., bad.	Baden, badisch
BauO	Bauordnung
Bay., bay.	Bayern, bayerischer, -e, -es
BayBgm	Der Bayerische Bürgermeister
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebsberater

BBauBl.	Bundesbaublatt
BBauG	Bundesbaugesetz
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter
ber.	berichtigt
Beschl.	Beschluß
BFernStG	Bundesfernstraßengesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des BGH in Zivilsachen
BlGBWR	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht
Bln., bln.	Berlin, berliner
BMinWo	Bundesminister für Wohnungsbau
BR	Bundesrat
BRS	Baurechtssammlung, Rechtsprechun des BVerwG, der OVG der Länder und anderer Gerichte zum Bau- und Bodenrecht, begründet von Thiel, fortgeführt von K. Gelzer, Düsseldorf, seit 1950
BTag-Drucks.	Bundestag-Drucksache
Buchst.	Buchstabe
BuG	Bauamt und Gemeindebau
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des BVerwG
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
DGStZ	Deutsche Gemeindesteuerzeitung
Diss.	Dissertation

DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Drucks.	Drucksache
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
Einf.	Einführung
EinfGRealStG	Einführungsgesetz zu den Realsteuergesetzen vom 1. 12. 1936 (RGBl. I, S. 961) i. d. F. vom 27. 12. 1951 (BGBl. I, S. 996)
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterung
EntwVerwVerfG	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
FluchtlG	Fluchtliniengesetz
Fußn.	Fußnote
Festschr.	Festschrift
G	Gesetz
GBl.	Gesetzesblatt
GG	Grundgesetz
GemHVO	Gemeindehaushaltsverordnung
GemFinRefG	Gemeindefinanzreformgesetz
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GO	Gemeindeordnung
GrStG	Grundsteuergesetz
GS	Gesetzessammlung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt

HdWB	Handwörterbuch
Hess., hess.	Hessen, hessischer, -e, -es
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
h. M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
i. d. F.	in der Fassung
i. V. m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
jur.	juristisch
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
KAG	Kommunale Abgabengesetze
KommunalpolBl.	Kommunalpolitische Blätter
KStZ	Kommunale Steuerzeitschrift
LandBG	Gesetz über die Landbeschaffung für Aufgaben der Verteidigung
Lehrb.	Lehrbuch
LG	Landgericht
LM	Lindemaier-Möring, Nachschlagewerk der Entscheidungen des BGH
LStrG	Landesstraßengesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. w. Hinw.	mit weiteren Hinweisen
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
Nieders., nieders. Nds., nds.	Niedersachsen, niedersächsischer, -e, -es
NiedersGem	Die Niedersächsische Gemeinde

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NW, NRW	Nordrhein-Westfalen
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen des OVG
PR	Parlamentarischer Rat
Pr.	Preußischer, -e, -es
PrAnsiedlG	Preußisches Ansiedlungsgesetz
PrFluchtlG	Preußisches Gesetz betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Gemeinden
PrGS	Preußische Gesetzessammlung
Pr. KAG	Preußisches Kommunalabgabegesetz
PrVBl.	Preußisches Verwaltungsblatt
RArbBl.	Reichsarbeitsblatt
Rdn.	Randnummer
RegBl.	Regierungsblatt
Reg.-Entw.	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGarO	Reichsgaragenordnung
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungssammlung des RG in Zivilsachen
Rheinl.-Pfalz, rheinl.-pfälz., Rhpf., rhpf.	Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzischer, -e, -es
RStädteG	Reichsstädtegesetz
RuS	Raum und Siedlung
SchlH., schlh., Schles.-Holst., schles.-holst.	Schleswig-Holstein, schleswig-holsteinischer, -e, -es

SKV	Zeitschrift "Staats- und Kommunalverwaltung"
Slg.	Sammlung
s. o.	siehe oben
Sp.	Spalte
StBauFördG	Städtebauförderungsgesetz
StuW	Steuer und Wirtschaft
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem, -n und andere
unv.	unveröffentlicht
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
VA	Verwaltungsarchiv
Verf.	Verfasser
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VO	Verodnung
WGGDV	Durchführungsverordnung zum Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
WoBauG	Wohnungsbaugesetz
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZwVerbG	Zweckverbandsgesetz

A. Problemstellung

1. Frage der Kostendeckung für neue Siedlungsgebiete sowie der Verbesserung und Erweiterung vorhandener kommunaler Ausstattung

Die Anlage neuer Siedlungsgebiete, aber auch die Verbesserung und Erweiterung bereits vorhandener kommunaler Einrichtungen bringt für die Gemeinde erhebliche Kosten mit sich.

Soweit diese nicht anderen Aufgaben- und Kostenträgern obliegen, stellt sich den in der Regel[1] ohnehin schon finanzschwachen[2] Gemeinden die Frage, ob und wie sie zumindest einen Teil der erforderlichen Investitionen abdecken können. Die Beantwortung dieser Frage ist angesichts der starken Verschuldung der Gemeinden und der nicht unbeträchtlichen, ständig steigenden Kosten für Grundstücke, Erschließungs- und Baukosten sowie der höher werdenden Ansprüche an die Ausstattung der Gemeindegebiete mit den der Allgemeinheit dienenden Anlagen und Einrichtungen von großer Bedeutung.

---

1) Begünstigt sind noch Gemeinden mit einem Übergewicht an Gewerbesteuereinnahmen, vgl. Finanzreformgesetz BTag-Drucks. V, 2861, S. 43, Ziff. 217 ff.

2) Lenz, S. 2 ff.; Amtl. Begründung zum Finanzreformgesetz, BTag-Drucks. V, 2861, S. 41, Ziff. 205; Fuchs, GemHaushalt 69, S. 145 ff., 169 ff.; Pfizer, S. 132.

Im wesentlichen ist zwischen Erschließungs- und Folgelastenkosten zu unterscheiden. Diese betreffen - summarisch genannt - diejenigen Kosten, welche dafür aufgewandt werden, Bauland völlig baureif zu machen, ohne dabei diejenigen Maßnahmen mit zu umfassen, die die Vorgänge auf dem Grundstück selbst betreffen[1]. Jene betreffen die Kosten, welche zur Gewährleistung einer geordneten sozialen, verwaltungsmäßigen, schulischen und gesundheitlichen Bebauung notwendig und durch die neue Bebauung verursacht worden sind.

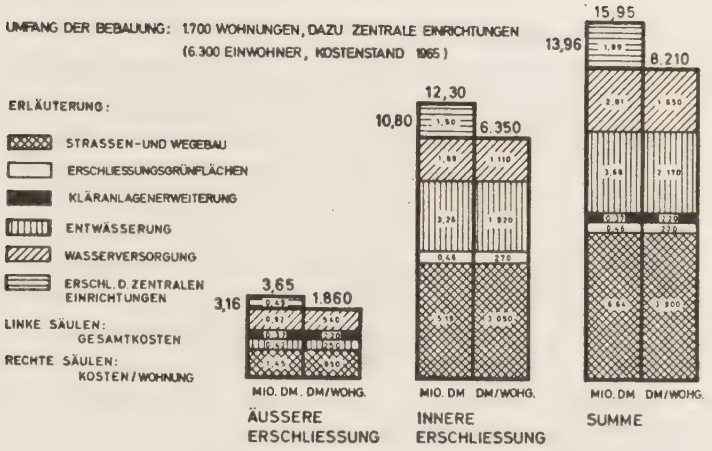
2. Kostenstand

2.1 Bereits 1965 war der Kostenstand bei einer Bebauung eines Gebietes mit 1.700 Wohnungen nebst zentralen Einrichtungen für ca. 6.300 Einwohner auf insgesamt 12,3 Millionen DM gestiegen, pro Wohnung mithin auf 6.350,-- DM.

Die folgende schematische Darstellung[2] zeigt die Aufschlüsselung der Kosten. Dabei sind unter "Äußere Erschließung" diejenigen Kosten erfaßt, die durch Anlagen außerhalb der eigentlichen Baugebiete verursacht werden, z. B. Zubringerstraßen, Hauptzu- und -ableitungen, Kläranlagen etc.[3].

---

1) Begründung zu § 135 des RegEntwurfes eines BBauG in BTag-Drucks. III 336, S. 96 Ziff. 1.
2) Angaben aus dem HdWB für Raumforschung und Raumordnung, Sp. 631.
3) vgl. auch die Analyse im Gutachten von Bonczek-Förster-Gassner, S. 29 ff.



Mit den Kosten für die äußere Erschließung mußten insgesamt 8.210,-- DM aufgewandt werden. Anhand eines ähnlich gelagerten Beispieles - Kostenstand 1966, Errichtung eines neuen Ortsteils mit 1150 Wohnungen, 4000 Einwohnern, mit zentralen Einrichtungen - zeigt sich[1)], daß die Gemeinden trotz der Zuschüsse der Länder und anderer Trägerschaften für bestimmte Einrichtungen den größten Teil, insbesondere der Folgelasten, selbst aufzubringen haben, auch wenn sie weitgehend von den bestehenden gesetzlichen Möglichkeiten einer Abwälzung Gebrauch machen.

Von den insgesamt 3.940.000,-- DM an Folgekosten trug die Gemeinde 2.510.000,-- DM allein; 1.430.000,-- DM wurden mit Baukostenzuschüssen des Landes finanziert.

---

1) gleichfalls HdWb für Raumforschung und Raumordnung, Sp. 637, 638.

2.2 Welch wichtige Rolle in jüngster Zeit alleine die Folgelastenkosten als Kostenfaktor spielen, soll an Hand einiger Zahlenbeispiele - sämtlich orientiert an sog. Wohnungseinheiten für drei Personen - verdeutlicht werden.

2.21 Nach Schätzungen der Stadt München aus dem Jahre 1969[1)] erfordern die Folgelasten nach Abzug des erschließungsbeitragsfähigen Anteils und unter Ausschluß anderweitiger Bau- und Erschließungskosten bereits für 1970 einen einmaligen Aufwand von 10.700,-- DM pro Wohnungseinheit für ein völlig neues Baugebiet mit rund 4.600 Wohnungseinheiten; für ein anderes Gebiet mit rund 800 Wohnungseinheiten, das sich allerdings an erschlossene große Siedlungsgebiete anlehnte, schätzte man ca. 4.400,-- DM. Ein drittes Gebiet wurde mit einem Betrag von sogar ca. 23.400,-- DM pro Wohnungseinheit veranschlagt. Pro Einwohner betrugen die Aufwendungen der Stadt damit schätzungsweise zwischen 3.600,-- DM und 7.800,-- DM.

2.22 Auch der Verband der bayerischen Wohnungsunternehmer geht in einem Schreiben des Jahres 1972 an den Deutschen Städtetag von Beträgen gleicher Größenordnung für Folgelasten aus. Es heißt, in Bayern würden Beträge von durchschnittlich 6.000,-- DM pro Wohnungseinheit verlangt,

---

1) Ausschußbericht, S. 3 ff.

Heitzer-Oesterreicher[1] spricht schon 1969 von Beträgen in Höhe von 10.000,-- DM pro Einheit, 1973 veranschlagt er sogar schon 25.000,--DM[2].

Eine andere Gemeinde veranschlagt bei einem Ausbau von 700 auf 14.000 Einwohner die Aufwendungen für je ein Rathaus, eine Volksschule mit Sportplatz, ein Altersheim und einen Kindergarten, einen Bahnhof sowie einer Feuerlöscheinrichtung, einen Friedhof und ein Schwimmbad auf zusammen 34 Millionen DM[3].

2.23 Die Gemeinde Meckenheim - Merl, 1973 ca. 8.050 Einwohner, veranschlagt in ihrem Investitionsprogramm für den Planungszeitraum 1974 - 1978 ca. 63,1 Millionen DM für den Bau eines Rathauses, eines Kindergartens, eines Schulzentrums, eines Altersheimes, für Sport- und Spielplätze, Schwimmbäder, Parkanlagen, für einen Friedhof, ein Feuerwehrgerätehaus sowie für eine Stadthalle nebst Gemeinschaftsräumen. Diese Folgeeinrichtungen sollen den Bedarf für etwa insgesamt 25.000 Einwohner decken, welche nach den derzeitigen Zielvorstellungen der Gemeinde nach dem Abschluß der Planentwicklung dort wohnen sollen.

---

1) aaO. S. 426 in der 4. Aufl., vgl. Abreß, S. 30 ff.
2) aaO. S. 498, wobei allerdings keine Bemessensgrundlage angegeben wird.
3) Gutachten des Bay. Prüfungsverbandes öffentlicher Kassen, München, über die voraussichtlichen finanziellen Auswirkungen einer Großsiedlung in den Gemeinden Heimstätten und Kirchheim, vom 14. 2. 1966, S. 24, nicht veröffentlicht, vgl. Muthesius, S. 141; weitere Beispiele bei Abreß, S. 30.

3. Abwälzungsmöglichkeiten

Die gesetzlichen Möglichkeiten der Gemeinden, die Investitionskosten für Erschließung und Folgelasten auf Dritte abzuwälzen, sind beschränkt[1].

3.1 Für die Abwälzung von Folgelastenkosten läßt sich vom Wortlaut her aus dem BBauG unmittelbar nichts herleiten. Auch die amtliche Begründung[2] gibt keinen Anhaltspunkt zu einer entsprechenden Vermutung.

Hinsichtlich der Erschließungskosten hat der Gesetzgeber die Möglichkeit der Abwälzung bei der Schaffung des BBauG nicht etwa übersehen. Er macht jedoch bewußt von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Artikel 74 Nr. 18 GG nicht erschöpfend Gebrauch und beschränkt sich darauf, die Abwälzung von Erschließungskosten für die ausdrücklich in dem § 127 Abs. 2 BBauG genannten Anlagen zu regeln[3].

Vor der Kodifizierung des BBauG war nämlich das Erschließungsrecht, von der Ausnahme des Reichsgesetzes über die Zahlung und Sicherung von Anliegerbeiträgen vom 30. 9. 1936[4] abgesehen, bislang Landesrecht; das Recht zur Erhebung von Beiträgen zu den Erschließungskosten war demzufolge in den jeweiligen Ländern

---

1) Zinkahn, BBauBl. 68, S. 102.
2) Amtl. Begründung BTag-Drucks. III 336, S. 96 ff.; Bielenberg, DVBl. 67, S. 257; Weinisch, S. 428.
3) h. M.: BVerfG vom 5. 7. 1972 in NJW 72, S. 1851 (1852); BVerwG vom 30. 11. 1973 in DÖV 74, S. 136; OVG Lüneburg vom 27. 7. 1972 in DVBl. 72, S. 897 (898); Bielenberg, DVBl. 67, S. 258.
4) RGBl. I, S. 854.

in verschiedenen Vorschriften geregelt[1].

Ergänzend traten verschiedene andere Spezialgesetze hinzu. Zu nennen sind das BFernStrG[2], das Gesetz über die Kreuzungen von Eisenbahnen und Straßen[3], das PrAnsiedlG[4] und das PrKAG[5] sowie das Pr. Gesetz zur Erhaltung des Baumbestandes und Erhaltung und Freigabe von Uferwegen im Interesse der Volksgesundheit[6].

Obwohl es nahe gelegen hätte, die Probleme des Erschließungsrechts mit einer bundesgesetzlichen Kodifikation insgesamt einheitlich zu regeln, hat der Gesetzgeber davon abgesehen. Er war der Ansicht, daß sich für die Erschließung in der Praxis normative Grundsätze entwickelt hätten, die keiner weiteren Festlegung bedürften; eine umfassende bundesrechtliche Regelung hätte nach seiner Meinung überdies zu Eingriffen in das zur Kompetenz des Landesgesetzgebers gehörende Wegerecht führen müssen. Die geplante Vorschrift sowohl des Kommissionsentwurfes[7] (§§ 140 - 168) als auch des Regierungsentwurfes[8] (§§ 135 - 160), die eine zunächst weitgehende Regelung des Erschließungsrechtes vorgesehen hatten, strich

---

1) Als Beispiel seien genannt §§ 22 ff. des bad. Ortsstraßengesetzes vom 15. 10. 1908 in Bad. GVBl. S. 605 ff., § 15 des PrFluchtlG vom 2. 7. 1875 in GS, S. 561 ff. und § 61 BayBauO vom 17. 2. 1901 in BayGVBl. S. 87 ff.
2) vom 8. 8. 1953 (BGBl. I, S. 903).
3) vom 14. 8. 1963 (BGBl. I, S. 681).
4) vom 10. 8. 1904 (GS, S. 227).
5) vom 14. 7. 1893 (GS, S. 561).
6) vom 29. 7. 1922 (GS, S. 213).
7) in Schriftenreihe des BMin für Wohnungsbau Bd. 7, Begründung Bd. 9.
8) BTag-Drucks. II, 3028; vgl. BTag-Drucks. III, 336 §§ 138 - 164.

man infolgedessen zumeist[1]. Abschließend kodifizierte man das Erschließungsbeitragsrecht wegen seiner bodenpolitischen Bedeutung bundeseinheitlich.

Das Verhalten des Gesetzgebers war insofern inkonsequent, als seine Bedenken durch die Einholung eines Gutachtens des BVerfG vom 16. 6. 1954 eigentlich hätten ausgeräumt worden sein müssen. In diesem Gutachten hatte das BVerfG dem Bund die Kompetenz für das gesamte Erschließungsrecht zugebilligt. Es war der Ansicht, daß unter Bodenrecht i. S. d. Artikel 74 Ziff. 18 GG sämtliche, zur Erschließung notwendigen Maßnahmen fallen. Die Erschließung beinhalte die Baureifmachung von Grundstücken; das Erschließungsrecht bestimme dabei, wer die Maßnahmen durchführe, wer die Kosten trage, in welchem Umfang die Grundstückseigentümer Gelände abzutreten und sonstige Eingriffe in ihr Eigentum zu dulden hätten[2].

Gleichwohl blieb der Gesetzgeber aus den oben angeführten Erwägungen bei seiner Entscheidung. So unterliegen nur die in dem § 127 Abs. 2 BBauG genannten Verkehrsflächen einer bundeseinheitlichen Beitragspflicht.

---

1) BTag-Drucks. III, 1794, Begründung zu Drucksache 1794, S. 23 ff.
2) BVerfG vom 16. 6. 1954 in BVerfGE 3, S. 407; Schriftenreihe des BMin für Wohnungsbau Bd. 5 und BTag-Drucks. II, 644, S. 2 ff. haben die Entscheidung abgedruckt.

Die Frage, ob die Gesetzgebungskompetenz des Bundes sich auch auf die Regelung von Beiträgen zu Folgeeinrichtungen erstreckte, war nicht Gegenstand des genannten Rechtsgutachtens des Bundesverfassungsgerichts[1]. Die Befugnis hierzu ergibt sich nicht aus dem Begriff des Bodenrechts[2], da Folgeeinrichtungen nicht - wie es das Bundesverfassungsgericht verlangt[3] - der eigentlichen Erschließung, d. h. der Baureifmachung, dienen und Maßnahmen zur Erstellung von Folgeeinrichtungen nicht unmittelbar Rechte am Grund und Boden verändern oder die Voraussetzungen für die bauliche Ausnutzung von Grundstücken schaffen. Da der Begriff Bodenrecht i. S. d. Art. 74 Nr. 18 GG ein eng abzugrenzender Begriff ist[4], der neben den weiteren Begriffen "landwirtschaftliches Pachtwesen, Wohnungswesen, Siedlungs- und Heimstättenwesen" steht, kann infolgedessen eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung von Folgelastenbeiträgen sich nur aus einem oder mehreren dieser Begriffe ergeben. Dabei liegt es nahe, den Begriff des Siedlungswesens zur Begründung der Gesetzgebungskompetenz heranzuziehen. Das Siedlungswesen hat die Aufgabe, Menschen seßhaft zu machen[5]; ohne eine entsprechende Infrastruktur

---

1) BVerfG vom 16. 6. 1954 in BVerfGE 3, S. 407 ff.
2) so aber Bonczek-Förster-Gassner, Schriftenreihe des BMin für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, S. 24.
3) BVerfG vom 16. 6. 1954 in BVerfGE 3, S. 414.
4) BVerfG; ebenda, S. 414
5) BVerfG vom 16. 6. 1954 in BVerfGE 3, S. 418.

bei neuen Siedlungsgebieten kann diese Aufgabe jedoch nur schwer erfüllt werden.

Im damaligen Stadium der Entwicklung glaubte man sich jedenfalls nicht legitimiert, auch die Folgelasten in einem Bundesgesetz zu regeln. Denn sonst hätte man schon wegen der Sachnähe der Folgelastenkosten zu den Erschließungskosten auch diese geregelt oder zumindest in die Überlegung mit einbezogen. Stattdessen beließ man es bei der Regelung der §§ 13, 17 PrAnsiedlG[1], aufgrund deren unter bestimmten Voraussetzungen[2] finanzielle Leistungen für die Erstellung bestimmter Folgeeinrichtungen verlangt werden konnten, indem man diese Vorschriften in dem Katalog des § 186 BBauG nicht aufnahm[3].

Die Vorschriften, die den Gemeinden die Möglichkeit der Deckung ihrer Erschließungs- und insbesondere eines Teils ihrer Folgelastenkosten geben, sind daher nicht allein im BBauG zu finden.

3.2 Maßgeblich sind zunächst die Vorschriften der §§ 127 ff. BBauG, die die beitragspflichtigen Erschließungsanlagen betreffen. Daneben kommen (zwangsmäßig) erhobene Beiträge[4] oder Gebühren

---

1) vom 10. 8. 1904, GS, S. 227 i. d. Fassung vom 6. 12. 1918, GS, S. 194.
2) vgl. unten S. 30 f.
3) Die Fortgeltung der §§ 13, 17 PrAnsiedlG war jedoch umstritten, vgl. unten S. 30 f.
4) LitVerz. bei Wolff § 42 II a 2.

für Veranstaltungen, sei es nach dem KAG[1], sei es nach anderen, jeweils im betreffenden Bundesland geltenden Vorschriften[2] in Betracht.

Meist werden für die Herstellung und Benutzung öffentlicher Sachen in Form von Beiträgen oder Gebühren gewisse Abgaben erhoben.

3.21 Beiträge werden verlangt, wenn ein Geldbetrag zur Verringerung oder Deckung der Anlagekosten einer öffentlichen Einrichtung von denjenigen gefordert wird, denen diese Einrichtung besondere Vorteile gewährt, gleichgültig, ob diese Vorteile von den Pflichtigen wirklich wahrgenommen werden oder nicht[3]; es genügt die Möglichkeit der Inanspruchnahme[4].

Der Begriff des Vorteils ist dabei wirtschaftlich zu betrachten. Er kann z. B. in der Erhöhung des Gebrauchs- oder Verkaufwertes einer Sache, z. B. eines Grundstücks[5] oder auch in ihrer höheren Belastbarkeit[6] bestehen. Die Höhe der Beiträge selbst hat sich grundsätzlich nach dem erlangten Vorteil zu richten; sie dürfen aber die Höhe der für die Veranstalung oder Tätigkeit aufgewendeten Kosten nicht übersteigen, wie das Wort "Beitrag" selbst schon sagt[7]; es

---

1) vgl. §§ 4 ff. KAG NRW; § 9 - 12 PrKAG; §§ 8 - 10 Rhl.-Pf. KAG.
2) §§ 115, 153, Abs. 5 heGemO; Art. 9 ff. bay. GAG; Art. 24 bay. GO; § 10 bad.-württ. KAG; Übersicht über Fundstellen und unterschiedliche Ausgestaltung bei Bonczek-Förster-Gassner, S. 14 ff.
3) Wolff, § 42 II a 2.
4) Dahmen-Küffmann, S. 348.
5) PrOVG vom 3. 11. 1897 in PrOVGE 32, S. 109 (110); PrOVG vom 11. 10. 1912 in PrOVGE 62, S. 234, 238.
6) Dahmen-Küffmann, S. 349.
7) PrOVG vom 3. 11. 1897 in PrOVGE 32, S. 109 (120) hierzu auch Dahmen-Küffmann, S. 373 f.

gilt das sogenannte Kostendeckungsprinzip[1]. Diese Möglichkeit der Erhebung von Beiträgen wird von vorneherein dadurch eingeschränkt, daß sie nur erheben werden dürfen, wenn für den Inanspruchnehmenden besondere Vorteile entstehen[2]. Wenn aber gemeinnützige Anlagen so gelegen sind, daß sie vorwiegend von den Bewohnern des entsprechenden Neubaugebietes genutzt werden, so können diese deshalb nicht zu Beiträgen herangezogen werden, weil ihnen nicht schon aus dieser Tatsache allein ein Vorteil erwächst, der Beiträge im Sinne des KAG rechtfertigen würde[3]. Denn der "Vorteil" ist allgemeiner Natur, jedoch kein "besonderer" Vorteil. Dies liegt an der Art der Folgeeinrichtungen, wie z. B. Verwaltungsgebäude, Friedhöfe, Badeanstalten, Feuerwehren oder Kindergärten. Würde dennoch allgemein ein Anliegerbeitrag bei allen Neubaugebieten zur Deckung der Folgelasten erhoben werden, so handelte es sich in Wahrheit um eine verdeckte Steuer, deren Merkmal der "Vorteilslast" gerade zur Abgrenzung von Beiträgen dient.

Allerdings sind Straßenkostenbeiträge für die Erschließungsanlagen vorrangig nach § 127 BBauG für die dort genannten Anlagen zu erheben. Daneben bleibt jedoch gemäß § 127 Abs. 4 BBauG das Recht unberührt, Abgaben für Anlagen zu erheben, die nicht Erschließungsanlagen im Sinne des

---

1) vgl. § 8 Abs. 4, S. 5 KAGNW vom 21. 10. 1969, GVBl. Nw 1969, S. 712 ff.
2) BVerfG vom 20. 5. 1959 in BVerfGE 9, S. 291/297 f.; Knobloch, S. 45; Wolff § 42 II a 2; Merk, S. 1624; Dahmen-Küffmann, S. 349.
3) vgl. auch Asam BayVBl. 67, S. 187; Bielenberg, DVBl. 67, S. 257; Degmair, KStZ 65, S. 169; Muthesius, S. 22; Oestreicher, S. 18 f.

2. Abschnittes des 6. Teils des BBauG sind. Besonders genannt sind Abwässerungsanlagen und Versorgungsanlagen von Elektrizität, Gas, Wärme und Wasser. Nach Landesrecht sind die Gemeinden durch § 128 Abs. 2 BBauG aber auch berechtigt, die Kosten für Erweiterungen oder Verbesserungen von Erschließungsanlagen zu erheben. Nach § 9 PrKAG[1] konnten daher auch Abgaben von der Gemeinde erhoben werden, um die Kosten nicht nur für die Herstellung, sondern auch für die Unterhaltung von Veranstaltungen, die durch öffentliche Belange gefordert werden, auf diejenigen Grundeigentümer oder Gewerbetreibenden abzuwälzen, die hierdurch einen besonderen Vorteil erhielten. Die Möglichkeit, auch Unterhalts- und Instandsetzungskosten auf diese Art zu finanzieren, besteht seit Inkrafttreten des neuen KAG in NRW nicht mehr[2].

Gedeckt werden können - allerdings nur in beschränktem Umfang - die Kosten für besondere Einrichtungen eines Kur- oder Badeortes auch durch sogenannte Kurtaxen, die von den Kur- oder Badegästen, nicht von den Einheimischen, verlangt werden können[3], vgl. § 11 KAG NRW[4].

3.22 Gebühren werden diejenigen Abgaben genannt, die für eine besondere Inanspruchnahme einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung vom Pflichtigen gefordert werden.

---

1) vom 14. 7. 1893, GS, S. 152.
2) Dahmen-Küffmann, S. 351.
3) ausführlich Merk, S. 1632 ff.
4) Dahmen-Küffmann, S. 404 ff. mit weiteren Nachweisen.

Gebühren setzen also eine Gegenleistung des gebührenerhebenden Verwaltungsträgers voraus[1]. Sie werden nach einseitig vorausbestimmten, festen Normen und Sätzen erhoben; sie können auch auf freiwilliger Unterwerfung unter eine Anstaltsgewalt in ein besonderes Gewaltverhältnis durch Verwaltungsvorschrift anfallen.

Man unterscheidet dabei Verwaltungsgebühren für die besondere Inanspruchnahme der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung und Benutzungsgebühren für die Benutzung öffentlicher Sachen, Anstalten und Einrichtungen[2].

Für die Höhe der Gebühren gilt grundsätzlich das sogenannte Äquivalenzprinzip. Die Höhe richtet sich mithin im wesentlichen nach Art und Maß der Inanspruchnahme, dem Interesse desjenigen, der die Verwaltungshandlung veranlaßt, sowie nach der Bedeutung, dem Umfang und dem Wert der Benutzung für den Benutzer[3]. Maßgeblich sind also vor allem die Höhe des Verwaltungsaufwandes, die Bedeutung des Gegenstandes nach den wirtschaftlichen oder sonstigen Belangen für den Gebührenschuldner sowie dessen wirtschaftliche Verhältnisse (sog. Wirtschaftlichkeitsmaßstab). Ist das Interesse des Gebührenpflichtigen ohne Bedeutung, so kann daher

---

1) BVerwG vom 24. 3. 1961 in BVerwGE 12, S. 162; BVerwG vom 8. 12. 1961 in BVerwGE 13, S. 214.
2) vgl. Merk, S. 1636 mit ausführlichen Beispielen; Dahmen-Küffmann, S. 250 ff.
3) PrOVG vom 2. 11. 1937 in PrOVGE 101, S. 56; vgl. Barocka, DVBl. 60, S. 825 ff.

auf eine Gebühr auch verzichtet werden[1]. In der Regel wird zwar versucht, die Gebührensätze so zu bemessen, daß eine Kostendeckung für die Verwaltungs- und Unterhaltungskosten einschließlich der Auslagen für Verzinsung und Tilgung des aufgewandten Kapitals erreicht wird. Aber schon bei einer Verpflichtung zur Benutzung einer Veranstaltung oder sobald der Einzelne auf die Benutzung der Anstalt angewiesen ist, muß unter Berücksichtigung der öffentlichen Belange und der dem Einzelnen gewährten besonderen Vorteile der Gebührensatz oft ermäßigt werden[2]. Dies gilt z. B. für Unterrichts-, Bildungs-, Heil- und Pflegeanstalten, Büchereien und Friedhöfe, Bäder und Sportanlagen. Hier wird häufig aus sozialen Gründen auf Gebühren trotz des Interesses der Pflichtigen verzichtet; die laufenden Gebühren decken daher die Kosten kaum. Schon aus diesen Gründen dürfte eine entscheidende finanzielle Entlastung der Gemeinde auf diesem Wege nicht zu erreichen sein.

---

1) Wolff § 42 II a 2; BVerwG vom 24. 3. 1961 in BVerwGE 12, S. 162; BVerwG vom 8. 12. 1961 in BVerwGE 13, S. 214; OVG Koblenz vom 13. 12. 1962 in DVBl. 63, S. 225.

2) vgl. § 6 III KAGNW; Dahmen-Küffmann, S. 254 ff. setzt sich ausführlich und mit weiteren Nachweisen mit dem Inhalt und den Grenzen des Äquivalenzprinzips auseinander, insbesondere unter Berücksichtigung der Entscheidungen des BVerfG vom 11. 10. 1966 in BB 67, S. 6, BVerfG vom 18. 12. 1968 in NJW 69, S. 309, BVerwG vom 24. 9. 1968 in KStZ 68, S. 220 und BVerwG vom 14. 4. 1967 in DVBl. 67, S. 577 sowie des OVG Münster vom 14. 5. 1969 in KStZ 69, S. 160 zu § 4 PrKAG.

3.3 Das Land Schleswig-Holstein hat durch § 9 KAG SchlH vom 10. 3. 1970[1] eine Bestimmung geschaffen, wonach Abgaben wegen der Änderung der Gemeindeverhältnisse verlangt werden können. Es handelt sich dabei nach Ansicht des OVG Lüneburg[2] um Abgaben, die der Finanzierung der Investitionslasten dienen sollen, welche infolge einer gesteigerten Neubautätigkeit erforderlich werden. Diese Abgaben betreffen nicht die schon in den §§ 127 ff. BBauG geregelten Erschließungsbeiträge, sondern den in diesen Vorschriften nicht näher geregelten[3] Folgelastenbedarf. § 9 KAG SchlH wurde geschaffen, weil das BVerwG mit Urteil vom 14. 5. 1969[4] den bis dahin geltenden § 17 PrAnsiedlG wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz als verfassungswidrig insofern ansah, als zu Ansiedlungsleistungen nur die Bauherren im Außenbereich und nicht die Bauherren im Innenbereich herangezogen wurden, so daß § 17 PrAnsiedlG verfassungskonform nur noch angewendet werden durfte, soweit die gemeindlichen Vorhaben gerade durch die Besonderheit der Lage im Außenbereich bedingt waren.

Da eine bundeseinheitliche Regelung der Erhebung besonderer Abgaben für Folgelasten fehlt, stellt sich hinsichtlich der Zulässigkeit von § 9 KAG SchlH die Frage, ob es sich nicht um eine bereits anderweitige erfaßte Art der Steuer handelt.

Die Abgaben nach § 9 KAG SchlH könnten bereits durch die Grundsteuer erfaßt sein. Auf die recht-

---

1) GVBl. 1970, S. 44.
2) OVG Lüneburg vom 27. 7. 1972 in DVBl. 72, S. 897 (899).
3) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 127, 26.
4) DVBl. 70, S. 83 mit Anm. v. Mutius.

liche Qualifizierung als "sonstige Abgabe" kommt es in diesem Zusammenhang nicht an; entscheidend ist, daß sich materiell - rechtlich eine Gleichartigkeit erkennen läßt. Das setzte aber voraus, daß der Tatbestand, bei dessen Vorliegen eine Abgabe erhoben werden kann, mit dem Tatbestand gleichartig ist, der eine Steuerpflicht begründet[1]. Das ist nicht der Fall; denn nach § 9 KAG SchlH ist abgabepflichtig nur der Bauherr von Wohnbauten, während die Grundsteuer grundsätzlich auf dem einzelnen Grundbesitz lastet[2]. Letztere ist wertbezogen, erstere ursachenbezogen. Diese ist nur einmal, jene laufend fällig.

Bedenken erheben sich also insoweit nicht. Diese setzen aber ein, wenn man die Abgabe nach § 9 KAG SchlH nicht als "sonstige Abgaben", sondern als beitragsähnliches Entgelt qualifiziert[3]. Dann nämlich wäre es wieder erforderlich, daß der Abgabe als Ausgleich bestimmte Vorteile oder Leistungen der Gemeinde gegenüberstünden; denn es ist - wie dargelegt - Eigenart der Abgaben, daß die Leistungen der Gemeinden nicht einem größeren Teil der Bevölkerung oder allen Einwohnern zugute kommen, sondern daß durch die Leistungen ein besonderer Vorteil gerade für die Inanspruchgenommenen entsteht[4].

---

1) BVerfG vom 20. 10. 1961 in BVerfGE 13, S. 181, 193; BVerfG vom 7. 5. 1963 in BVerfGE 16, S. 64, 75; OVG Lüneburg vom 27. 7. 1972 in DVBl. 72, S. 899.
2) § 2 GrStG i. d. F. vom 7. 8. 1973 (BGBl. S. 965).
3) eingehender hierzu OVG Lüneburg vom 27. 7. 1972 in DVBl. 72, S. 900.
4) vgl. oben S. 11 f.

Das BVerwG bestätigte mit Urteil vom 30. 11. 1973[1] die Auffassung, daß § 9 KAG SchlH nicht gegen bundesrechtliche Vorschriften verstößt. Es bleibt aber offen, ob § 9 KAG SchlH geeignet ist, die Kosten der Vielzahl der Folgeeinrichtungen zu erfassen. Eine Abgabe wegen Änderung der Gemeindeverhältnisse kann z. B. nicht für diejenigen Einrichtungen erhoben werden, die nicht allein auf die Neubautätigkeit, sondern auch auf allgemein gesteigerte Lebensbedürfnisse zurückzuführen sind[2]. Die Vorschrift gilt auch nicht für durch gewerbliche Vorhaben verursachte Folgeeinrichtungen.

3.4 Darüberhinaus schlug man bis Ende 1973 zur Lösung des Folgelastenproblems die Anwendung der Grund- und Gewerbesteuermehrbelastung gemäß § 3 EinfGRealStG vor[3].

Danach konnten für eine Gruppe von Grundstücken höhere als die allgemeinen Hebesätze festgelegt werden, soweit der Gemeinde Kosten durch Einrichtungen erwuchsen, die diesen Grundstücken zustatten kamen und für die besondere Beiträge nicht erhoben wurden. Diese Grundsteuermehrbelastung war ein Teil der Grundsteuer, obgleich es sich eigentlich um eine Benutzungsgebühr handelte[4].

---

1) DÖV 74, S. 136.
2) OVG Lüneburg vom 27. 7. 1972 in DVBl. 72, S. 901 ff.
3) vom 24. 12. 1956 (BGBl. I, S. 1077; entsprach dem früher geltenden § 20 PrKAG vom 24. 7. 1893 (GS, S. 152)); Wiethaup, DGStZ 56, S. 35 und 58, S. 33; Degmair, KStZ 65, S. 170.
4) Troll, § 25, Anhang S. 269.

3.41 Die Grundsteuermehrbelastung nach § 3 EinfGRealStG konnte jedoch die meisten auf Grund der §§ 44 bzw. 30 GrStG[1], § 7 des I. WoBauG[2] und § 92 des II. WoBauG[3] grundsteuerfreien oder steuerbegünstigten Anwesen nicht bzw. nicht in vollem Umfang treffen[4].
Daß unter diesen Umständen nur grundsteuerpflichtige Eigentümer die gemeindlichen Folgekosten zu tragen gehabt hätten, wäre wegen Art. 3 GG nicht zu vertreten gewesen. Andererseits war eine Änderung oder Ergänzung des § 3 EinfGRealStG durch den Landesgesetzgeber weder möglich noch beabsichtigt, weil es sich um ein Gebiet der konkurrierenden Bundesgesetzgebung handelte, Art. 105 Abs. 2 Nr. 3, 72 Abs. 2 GG.

Diese Vorschrift gab auch nur in Ausnahmefällen eine Lösungsmöglichkeit. Zwar war der in ihr verwandte Begriff der "Einrichtung" nach h. M. in einem weiteren Sinne zu verstehen. Denn hierzu zählten auch Einrichtungen wie Kanalisation, Kläranlagen, Friedhöfe, Turnhallen etc., also typische Folgeeinrichtungen. Da aber die Grundsteuermehrbelastung voraussetzte, daß die Veranstaltung einem bestimmten Gemeindebezirk oder bestimmten Gemeindeangehörigen in besonderem Maße zugute kam, ohne daß - wie bei Beiträgen nach dem KAG - dem einzelnen ein besonderer Vorteil daraus entstand, z.B. weil er die Anlage überhaupt nicht oder selten

---

1) Grundsteuergesetz vom 17. 8. 1973 (BGBl. I, S. 965).
2) I. Wohnungsbaugesetz vom 24. 4. 1950 (BGBl. I, S. 83).
3) II. Wohnungsbaugesetz i. d. F. vom 1. 9. 1965 (BGBl. I, S. 1618, ber. S. 1858).
4) vgl. U. Ernst, S. 199 ff. mit weiteren Nachweisen; PrOVG vom 12. 1. 1937 in PrOVGE 99, S. 44/47; PrOVG vom 21. 6. 1938 in PrOVGE 103, S. 33; OVG Münster vom 28. 6. 1961 in KStZ 63, S. 100.

benutzt[1], wäre diese Deckungsmöglichkeit nur in engerem Rahmen denkbar gewesen.

3.42 Aber abgesehen davon, daß die Zulässigkeit der Erhebung von Steuern nach § 3 EinfGRealStG schon deshalb zweifelhaft war, weil eine Realsteuermehrbelastung voraussetzt, daß Beiträge nicht erhoben werden können[2], kann eine Lösung des Folgelastenproblems über § 3 EinfGRealStG nicht mehr praktiziert werden. Nach Art. 5 des Grundsteuerreformgesetzes vom 7. 8. 1973 ist diese Vorschrift ab 1974[3] nicht mehr anzuwenden.

Zur Begründung heißt es, daß die Aufhebung der Grundsteuermehrbelastung notwendig sei, weil sie zu einer Verwischung der Grenzen zwischen Steuern und Gebühren führe, wobei die Kosten kommunaler Dienstleistungen auf die Einwohner über eine Steuerveranlagung umgelegt würden. Der Einheitswert, der Bemessungsgrundlage der Grundsteuer sei, könne aber, wie auch von der Rechtsprechung festgestellt worden sei, kein mit Art. 3 GG zu vereinbarender Berechnungsmaßstab für das Ausmaß der Inanspruchnahme kommunaler Dienstleistungen sein. Die Finanzierung gemeindlicher Einrichtungen über die Grundsteuermehrbelastung würde vielmehr zu einer sach-

---

1) BVerwG vom 13. 11. 1962 in KStZ 63, S. 99.
2) OVG Münster vom 28. 6. 1961 in KStZ 63, S. 100ff. (102): bei steuerbefreiten Grundstücken kann eine Benutzungsgebühr erhoben werden, bei steuerbegünstigten gleichfalls und zwar entweder zusätzlich neben der Mehrbelastung oder an deren Stelle; Troll, § 25, Anhang zu § 25, S. 269.
3) BGBl. I, S. 959, Begründung in Entwurf des Grundsteuerreformgesetzes, BTag-Drucks. VI 3418, dort Art. 7.

lich nicht zu rechtfertigenden Lastenverteilung führen[1].

3.5 Der einzelnen Gemeinde steht es nunmehr nach Artikel 106 Abs. 6 S. 2 GG lediglich nach wie vor frei, den Hebesatz der Realsteuer im Rahmen der Gesetze selbst zu bestimmen; da sie für dessen Festsetzung allein zuständig ist, kann sie ihren finanziellen Notwendigkeiten in gewissem Umfang Rechnung tragen.

Die Festsetzung des Hebesatzes, die nach dem neuen Grundsteuergesetz vom 7. 8. 1973[2] gleich für mehrere Jahre erfolgen kann, spätestens aber seine Wirkung verliert, sobald ein neuer Steuermeßbescheid für eine neue Hauptveranlagung wirksam wird (§ 16 GrStG), ermöglicht allerdings nicht, die Steuerlast auf einzelne Grunstücke besonders zu verteilen[3].

Rechtlich bliebe jedoch der Ausweg über einen allgemein angehobenen Hebesatz. Der durchschnittliche Hebesatz für die Grundsteuer A bzw. B liegt in der Bundesrepublik Deutschland in Gemeinden mit 5 - 10 000 Einwohnern bei 172 bzw. 229, bei Gemeinden mit 20 000 - 50 000 Einwohnern bei 205 bzw. 217 und Städten von 50 000 - 100 000 Einwohnern bei 230 bzw. 222 v. H.[4]. Es ist jedoch fraglich, ob ein im Vergleich zu anderen Gemeinden erheblich höherer Hebesatz

---

1) vgl. auch Begründung der ablehnenden Haltung des Bundesrates (BTag-Drucks. VI, 3418, S. 91 und Stellungnahme hierzu in dem Bericht des Finanzausschußes (BTag-Drucks. VII, 485).
2) BGBl. I, S. 965.
3) eine Ausnahme gibt § 25 IV GrStG, vgl. auch §§ 16 und 25 GewStG.
4) Statistisches Bundesamt Wiesbaden, Fachserie L, Reihe 9, Realsteuer 1973, S. 23.

politisch durchsetzbar ist[1]. Zum einen würde möglicherweise der primäre Erfolg durch Abwanderung oder zumindest durch Stagnation im Entwicklungszuwachs gehemmt werden; zum anderen dürften die politischen Vertreter im Stadtrat sich - jedenfalls zur Zeit - kaum auf längere Sicht durchsetzen können, da eine erhebliche Erhöhung des Hebesatzes für die Grund- und Gewerbesteuer eine recht gravierende und daher politisch brisante, weil unpopuläre Maßnahme ist.

Trotz der Bedenken muß offen bleiben, ob gerade hier nicht ein entscheidender Ansatzpunkt zur Lösung des Folgelastenproblems liegt.

Ein Vergleich mit den schweizer Verhältnissen zeigt, daß verschieden hohe Steuern durchaus politisch durchsetzbar sind. Die Steuern differieren in der Schweiz in einigen Gemeinden ganz erheblich, ohne daß dabei Rücksicht auf den Steuersatz der benachbarten Gemeinden ge-

---

1) vgl. Vorbericht zu Haushaltsplan 1973 der Stadt Bonn, Ziff. 4.5 (S. XIV): Die Notwendigkeit des Ausgleichs des ordentlichen Haushaltsplanes machte die Anhebung der Realsteuerhebesätze erst möglich; eine Kürzung anderer Ausgaben konnte und sollte nicht durchgeführt werden. Trotz der Erhöhung der Hebesätze (Grundsteuer A bzw. B von 120 auf 145 bzw. von 250, bei nunmehr eingemeindeten Gebieten von 200 auf 285 (!) v. H.) konnte die Stadt jedoch die Investitionsrate des ordentlichen Haushaltes über den zur planmäßigen Tilgung aufgenommener Schulden erforderlichen Ausgabenbedarf nicht hinaus steigern. Vergleichbare Zahlen für Meckenheim, Haushaltsplanentwurf für 1975: Grundsteuer A 110 %, Grundsteuer B 200 %.

nommen wird[1].

Zwar ist die Folge, daß Gemeinden und Kantone mit niedrigeren Steuersätzen oftmals begehrte Wohn- und Ansiedlungsgebiete auch für die Wirtschaft sind. Eine Steuerflucht aus dem einen in andere Gebiete, die spürbaren Einfluß auf die Gemeinde mit den höheren Steuern und Abgaben hat, ist jedoch aus verschiedenen, insbesondere räumlichen und bodenpolitischen, teilweise auch lagebedingten Gründen nicht möglich oder erwünscht. Die Fluktuation wird überdies auch gerade deswegen gebremst, weil i. d. R. in Gebieten mit hohen Steuern Gemeindeeinrichtungen vorhanden sind, die den Einwohnern Vorteile bieten, welche in Gebieten mit niedrigeren Steuern fehlen.

3.6 Daneben gibt es Mehreinnahmen der Gemeinden aus der gemeindlichen Beteiligung an der Einkommensteuer und Lohnsteuer, die unter Berücksichtigung der Zerlegung des örtlichen Aufkommens an der Lohnsteuer 14 % des Aufkommens an diesen Steuern beträgt, bevor diese nach Artikel 106 Abs. 3 GG auf Bund und Länder aufgeteilt werden.

Von der Möglichkeit gemäß Artikel 106 Abs. 5 S. 3 GG, wonach der Bundesgesetzgeber ermächtigt ist,

---

1) Zürich veranschlagt für das Jahr 1975 einen Steuerfuß von 136 % der einfachen Staatssteuer; Hinwil mit 155 % und Pfäffikon mit 160 % als weitere Einzugsgebiete liegen erheblich über diesem Prozentsatz. Obereingstringen - in näherer Umgebung von Zürich gelegen - setzte lediglich 111 % an (Angaben der NZZ vom 19. 12. 1974, S. 41).

den Gemeinden das Recht einzuräumen, die Hebesätze[1] für den Gemeindeanteil am Aufkommen der Einkommensteuer festzusetzen und damit die Möglichkeit zu eröffnen, die Beteiligung an der Einkommensteuer in ihrer wirtschaftlichen Funktion den Realsteuern nach Artikel 106 Abs. 6 GG gleichzustellen, hat der Gesetzgeber noch keinen Gebrauch gemacht.

Zum Ausgleich für die Beteiligung der Gemeinden an der Einkommensteuer hat der Gesetzgeber vorübergehend[2] - aufgrund der Ermächtigung des Artikel 106 Abs. 6 S. 4 - 6 GG eine Beteiligung von Bund und Ländern an dem Aufkommen der Gewerbesteuer der Gemeinden in Höhe von 40 % vorgesehen[3]. Dadurch wird die erhebliche Abhängigkeit der Gemeinden von den Gewerbesteuern gemildert. Setzten sich die gemeindlichen Steuereinnahmen vor der Gemeindefinanzreform noch 1969 aus 79 % Gewerbesteuer, 16 % Grundsteuer und 5 % übrigen Steuern zusammen, so besteht die Steuereinnahme der Gemeinde bei der 14 %igen Beteiligung der Gemeinden an der Einkommensteuer und der Abführung einer Gewerbesteuerumlage von 40 % an Bund und Länder (§§ 1, 6 GemFinRefG) zu 45 % aus Gewerbesteuern, zu 35 % aus Einkommensteuern, zu 15 % aus Grundsteuern und zu 5 % aus übrigen Steuern[4].

---

1) Hebesatzrecht ist Recht der Gemeinde, den Tarif für ihren Gemeindeanteil an der Einkommensteuer ihrer Einwohner in den gesetzlichen Grenzen selbst zu bestimmen, vgl. BTag-Drucks. V 2861, S. 55.
2) vgl. BTag-Drucks. V 3876, S. 8 f.
3) Gesetz zur Neuordnung der Gemeindefinanzen vom 8. 9. 1969 (BGBl. I, S. 1587 i. d. F. vom 27. 12. 1971 BGBl. I, S. 2157).
4) J. W. Schmidt, Tz 77.

3.7 Einen gewissen Ausgleich erfährt die Gemeinde auch durch Zuwendungen des Bundes nach Artikel 106 Abs. 8 GG[1]. Sofern der Bund in einzelnen Gemeinden besondere Einrichtungen veranlaßt, die unmittelbar Mehrausgaben oder Mindereinnahmen verursachen, sog. Sonderbelastungen, ist der Bund verpflichtet, einen Ausgleich zu gewähren.
Allerdings tritt eine Ausgleichspflicht letztlich nur dann ein, wenn und soweit die Sonderbelastung der Gemeinde nicht zugemutet werden kann. Damit handelt es sich lediglich um eine Billigkeitsvorschrift, so daß in der Regel die Gemeinde nicht zu einem vollen Ausgleich kommt[2].

3.8 Selbst aus Mitteln, die der Gemeinde auf Grund von Finanzausgleichsgesetzen zugewiesen werden, lassen sich Folgelasten - und Erschließungskosten kaum finanzieren.

Das System des Finanzausgleichsrechtes in den einzelnen Bundesländern macht die Lebensfähigkeit gerade der kleinen Gemeinden entscheidend von Zuweisungen abhängig[3]. In vielen Fällen stellen die Zuweisungen jedoch nicht mehr eine Ergänzung wesentlicher eigener Einnahmequellen dar, sondern haben als Haupteinnahmequelle bereits überragende

---

1) Diese Vorschrift ist wohl eher gerade für die Gemeinde zugeschnitten, vgl. H. Meyer, S. 162.
2) hierzu Heckt, DÖV 57, S. 164, 167 ff.; H. Meyer, S. 162 ff.; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 106 Rdn. 16; Maunz-Dürig, Art. 106 Rdn. 48 ff., 54.
3) Heidorn, S. 1 f., weist dies anhand von Beispielen aus dem Finanzbericht 1965, S. 45 nach; hier auch Erläuterungen mit weiteren Hinweisen zum Begriff der Finanzzuweisung, S. 14 ff.

Bedeutung erlangt[1].

3.81 Die Schlüsselzuweisungen, die die Gemeinden erhalten, sind im allgemeinen auf den durchschnittlichen, in der Regel nachträglich berechneten Bedarfsfall abgestellt. Sie resultieren aus einer Gegenüberstellung eines durchschnittlichen Ausgabenbedarfs, der anhand von abstrakten Merkmalen ermittelt wird, und der Steuerkraftmeßzahl. Eine Relation zu Aufgaben und Einnahmen weisen diese Zuweisungen nicht auf, da die Länder teilweise Schlüsselzuweisungen bevorzugen, teilweise das Schwergewicht auf Bedarfszuweisungen legen[2].

Die auf dem preußischen Finanzausgleichsgesetz[3] und der reichsrechtlichen Finanzausgleichsverordnung[4] aufgebauten Berechnungsmerkmale für die Schlüsselzuweisungen lassen es jedoch wegen ihrer Anknüpfung an objektive Kriterien (Einwohnerzahl - Sonderbelastung- eigene Steuereinnahmen) zu, daß die Zuweisung, auf die auf Grund der kommunalen Finanzausgleichsgesetze der Länder[5] ein Anspruch besteht, im voraus fest und rechtzeitig eingeplant werden kann[6].

Das System des allgemeinen Finanzausgleiches durch Schlüsselzuweisungen ist jedoch nicht geeignet, den Bedarf an Folgelastenkosten zu decken. Die

---

1) Koronsky, S. 27, 43.
2) Heidorn, S. 27.
3) vom 5. 5. 1941 (GS, S. 28).
4) vom 5. 5. 1941 (GS, S. 34).
5) vgl. Übersicht bei Koronsky, S. 76 ff.
6) im einzelnen vgl. Heidorn, S. 26 ff.; Koronsky, S. 27 ff.; v. Mutius, S. 57 ff.

Berechnung der Schlüsselzuweisung erfolgt nur unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Ausgabenbelastung der Gemeinde. Die Schlüsselzuweisungen verfolgen nur das Ziel, bestehende, nicht aber künftige, z. B. auf Grund eines ungewöhnlichen Investitionsbedarfs entstehende Finanzkraftunterschiede zwischen den Gemeinden zu verringern[1].

3.82 Daneben gibt es die Möglichkeit der allgemeinen Finanzzuweisung in Form der Bedarfszuweisung aus dem Ausgleichsstock[2].

Auf sie besteht kein Rechtsanspruch, da sie nur zum Ausgleich jener Härten gewährt werden soll, die sich bei der Durchführung des Finanzausgleichs ergeben. Je besser das System der Schlüsselzuweisung funktioniert, desto geringer wird auch der Umfang des Ausgleichsstocks sein[3]. Der fehlende Rechtsanspruch und die aus den eben geschilderten Umständen zu folgernde Tatsache, daß der Ausgleichsstock wegen seines Zwecks im Umfang nach nur begrenzt ist, lassen zugleich den Schluß zu, daß auch auf diese Weise die Folgelastenkosten nicht finanziert werden können.

3.83 Die in den Finanzausgleichsgesetzen der Länder vorgesehenen zweckgebundenen Zuweisungen[4] geben ebenfalls keinen Anhaltspunkt zur Lösung des Folgelastenproblems.

---

1) Koronsky, S. 27.
2) Zum Begriff: Koronsky, S. 62 f.; Heidorn, S. 30 ff., mit weiteren Nachweisen.
3) Koronsky, S. 63.
4) Heidorn, S. 33 ff.; Koronsky, S. 64 ff.

Diese Zuschüsse, die entweder der Deckung des laufenden Bedarfs für Unterhaltung oder den Betrieb bestimmter Einrichtungen dienen oder welche als Investitionszuschüsse gewährt werden, können nur einen bestimmten Verwendungszweck haben. Bei der Vielfalt der Folgeeinrichtungen und Erschließungsanlagen, die die Errichtung eines größeren Wohnviertels oder einer neuen Siedlung erforderlich macht, kann jeweils nur ein geringer Teil der Kosten gedeckt werden. Selbst wenn das Land hohe Zuschüsse für eine bestimmte Einrichtung übernimmt[1], bleiben erhebliche offene Positionen für andere Folgeeinrichtungen übrig.

4. Sonstige Abwälzungsmöglichkeiten

4.1 Das Städtbauförderungsgesetz hat in den §§ 39 und 58 die Deckung von Folgelastenkosten angesprochen, aber nicht gelöst. Denn die Sanierungsförderungsmittel des Bundes, der Länder , der Gemeinden oder Gemeindeverbände sollen nach § 39 StBauFördG in erster Linie zur Deckung der Vorbereitung der Sanierung, der Ordnungs- und der Modernisierungsmaßnahmen eingesetzt werden. Erst in zweiter Linie können sie, wenn anders der Sanierungszweck nicht erreicht wird, auch zur Deckung sonstiger Kosten der Sanierung, d. h. von sanierungsbedingtem Gemeinbedarf- und Folgelasteinein-

---

1) vgl. Zuschüsse des Landes NW für den Bau von Schulen in den neuen Städten Espelkamp (56,6 %), Sennestadt (55,5 %), zit. nach Angaben von Muthesius, S. 59 f.

richtungen eingesetzt werden[1], § 39 Abs. 1 S. 2 StBauFördG. Im Rahmen des § 58 StBauFördG sind weitergehende Möglichkeiten der Finanzierung von Infrastrukturmaßnahmen zugelassen. Die dargelegte Beschränkungen des § 39 Abs. 1 S. 2 StBauFördG greift bei der Finanzierung der städtebaulichen Entwicklungsmaßnahmen nicht durch. Dies kann erhebliche Auswirkungen haben[2].

Doch sind für den Einsatz von Entwicklungsförderungsmitteln für Gemeindebedarf- und Folgeeinrichtungen die §§ 39 Abs. 4, 44, 47 StBauFördG zu beachten[3]; d. h. Entwicklungsförderungsmittel können im Interesse der Schonung der knappen Städtebauförderungsmittel nur subsidiär nach speziellen Förderungsmitteln eingesetzt werden.

Der Einsatz der Sanierungsförderungsmittel des Bundes setzt aber voraus, daß es sich um Maßnahmen i. S. d. § 1 StBauFördG handelt, also um Maßnahmen, die wegen eines qualifizierten, öffentlichen Interesses[4] nach den Vorschriften des StBauFördG durchgeführt werden. Dabei fällt auf, daß die finanzielle Förderung durch den Bund nicht nur die Aufnahme des Vorhabens im Landesprogramm verlangt, sondern daß aus verfassungsrechtlichen Gründen die Mittel außerdem an alle Länder verteilt werden. Dem entspricht, daß diese Mittel kein Instrument direkter oder indirekter Investitionssteuerung zur Durchsetzung allgemeiner wirtschafts-, währungs-, raumordnungs- oder strukturpolitischer Ziele

---

1) Bielenberg, StBauFördG, Vorb. §§ 39 - 49, Rdn. 17 ff.; Gaentzsch, § 39, 3.
2) Bielenberg, StBauFördG, § 58, Rdn. 8.
3) Gaentzsch, § 58; Bielenberg, StBauFördG, § 58, Rdn. 8.
4) Bielenberg, StBauFördG, § 1, Rdn. 1.

des Bundes in den Ländern sind[1].

Auch dies schränkt eine Deckung der im StBauFördG ohnehin nur sekundär angesprochenen Folgelastenkosten erheblich ein.

4.2 Eine weitere Möglichkeit zur Deckung der Folgelastenkosten bestand für die Gemeinden einiger Länder noch bis vor kurzem in der Anwendung der §§ 13, 17 PrAnsiedlG[2]. Das PrAnsiedlG sah vor, daß der Veranlasser eines Wohnungsbaues, der eine Änderung der Gemeinde-, Kirchen- oder Schulverhältnisse zur Folge hatte, eine besondere, einmalige finanzielle Leistung erbringen mußte. Kosten für die laufenden Aufwendungen durften jedoch nicht übertragen werden[3].

Die Fortgeltung dieses Gesetzes war angesichts der §§ 35, 186 BBauG bestritten, soweit es nicht ausdrücklich außer Kraft gesetzt worden war[4].

4.21 Nachdem in den letzten Jahren auch in den Ländern Nordrhein-Westfalen[5], Niedersachsen[6]

---

1) vgl. BVerfG vom 4. 3. 1975 in NJW 75, S. 819 ff.; Anm. von Müller-Volbehr in NJW 75, S. 1115.
2) vom 10. 8. 1904, GS, S. 227 i.d.F. vom 6. 12. 1918, GS, S. 194, ausgedehnt durch Gesetz vom 18. 12. 1913 (GS, S. 555) auf die Rheinprovinz und durch Gesetz vom 23. 5. 1930 (GS, S. 99) auf die Provinzen Hannover, Hessen-Nassau und Schleswig-Holstein; ausführlich hierzu Muthesius, S. 25 ff.
3) Bull, JR 65, S. 341; Suckow, KStZ 64, S. 154.
4) BVerwG vom 14. 5. 1969 in DVBl. 70, S. 83 mit Anm. von v. Mutius; LitNachweis bei Brügelmann-Förster, § 186, Anm. 3 a; siehe auch Schrödter, § 186, 2; Knoblauch, S. 71 f.; Thiem, DVBl. 72, S. 129 ff.
5) § 108 Abs. 1 Nr. 15 BauO NW vom 15. 2. 1961 (GVBl., S. 373) i.d.F. vom 27. 1. 1970 (GVBl., S. 96).
6) Gesetz vom 24. 5. 1966 in GVBl., S. 109 (mit Wirkung vom 1. 5. 1968).

und Schleswig-Holstein[1] das PrAnsiedlG aus Gründen der Rechtseinheit und Gleichbehandlung ausdrücklich aufgehoben worden ist[2], ist auch diese Deckungsmöglichkeit vollständig ausgeschlossen.

4.22 Zwar vertritt Hucko[3] diese Ansicht, daß das PrAnsiedlG kraft Gewohnheitsrecht fortgelte. Diese These ist jedoch abzulehnen.

"Gewohnheitsrecht entsteht, wenn ein bestimmtes Verhalten, ohne ausdrücklich geboten zu sein, von den Beteiligten in der Überzeugung rechtlicher Gebotenheit oder Gewährung lange Zeit hindurch gleichmäßig und allgemein geübt wird. Erst wenn eine derartige Gewohnheit in einem verpflichtenden oder berechtigenden Rechtssatz formulierbar ist, wird sie zur Rechtsquelle"[4].

4.23 Von der Bildung eines Gewohnheitsrechtes in diesem Sinne kann im Zusammenhang mit dem PrAnsiedlG nicht gesprochen werden. Denn es war zum Teil erst vor wenigen Jahren außer Kraft gesetzt worden und danach weder allgemein, noch gleichmäßig über lange Zeit, ohne ausdrücklich geboten zu sein, praktiziert worden; es konnte mithin auch nicht zum Gewohnheitsrecht werden. Auch ein partiell geltendes Gewohnheitsrecht konnte sich unter diesen Voraussetzungen nicht bilden.

---

1) KAG SchlH vom 10. 3. 1970 in GVBl., S. 44.
2) siehe Berl. GVBl. 57, S. 516 i. d. F. vom 1. 8. 1966, GVBl., S. 1162; GVBl. Rhl.-Pf. 1964, S. 139 i. d. F. vom 17. 11. 1964 in GVBl., S. 227; KAG Hessen vom 17. 3. 1970, GVBl., S. 225; KAG Bad.-Württ. vom 18. 2. 1964, GBl., S. 71 und § 49 StrG Bad.-Württ. vom 20. 3. 1964, GBl., 127; Brem. AbgabenG vom 15. 5. 1962, GBl., S. 139 i. d. F. vom 22. 3. 1966, GBl., S. 59.
3) KStZ 64, S. 177.
4) Wolff I, § 25 III a; Leibholz-Rinck, Einf. 59; BVerfG vom 17. 3. 1959 in BVerfGE 9, S. 213 (221).

Überdies handelt es sich nicht um einen gesetzlich nicht normierten Raum. Der Gesetzgeber hat gerade durch die Aufhebung des PrAnsiedlG zu erkennen gegeben, daß er eine Fortgeltung nicht wünsche. Infolgedessen kann sich auch kein Gewohnheitsrecht bilden, das die Fortgeltung des PrAnsiedlG zum Inhalt hat. Ein solches Gewohnheitsrecht wäre rechtswidrig.

5. Zusammenfassung

Da auch die Sonderregelung der §§ 6 LandBG[1], 2 a Abs. 4 Bergarbeiterwohnungsbaugesetz[2], 8 Abs. 1 Buchst. a WGGDV[3] keine Bestimmungen enthalten, die die Gemeinden wirksam entlasten könnten[4], kann man zusammenfassend sagen, daß die Gemeinden einen Ersatz für Erschließungs- und Folgelastenkosten nur in sehr geringem Umfang erhalten. Eine Deckung erfolgt in der Regel nicht.

Zur Bewältigung der Erschließung schließt die Gemeinde deshalb häufig Erschließungsverträge ab. Viele Gemeinden, insbesondere die finanzschwächeren Randgemeinden, schlagen außerdem zur Vermeidung einer übermäßigen Verschuldung durch Aufnahme von Krediten auf dem Kapitalmarkt[5] den Weg des sogenannten Folgelastenvertrages ein.

Die Verträge pflegen folgenden Inhalt zu haben: entweder verkaufen die Gemeinden einige ihrer Grundstücke gegen die Verpflichtung zur Zahlung

---

1) vom 23. 2. 1957 (BGBl. I, S. 134).
2) vom 4. 5. 1957 (BGBl. I, S. 418); vgl. Muthesius, S. 56.
3) vom 24. 11. 1969 (BGBl. I, S. 2141).
4) dazu H. Meyer, S. 162; Bouska, BayBgm. 69, S. 91.
5) Zeitel, S. 61 ff.; Hansmeyer, AfK 4, S. 197, 205; Winkler, aaO.

des Kaufpreises und zur zusätzlichen Entrichtung eines sogenannten "Kulturbeitrages", auch oft nur als Beitrag oder Spende bezeichnet, oder die Gemeinden lassen sich Beiträge zur Deckung von Folgelasten zusagen, bevor sie neue Baugebiete ausweisen bzw. vorhandene Gebietesausweisungen abändern oder bevor sie über Baugesuche befürwortend entscheiden bzw. diese befürwortend weiterleiten[1].

6. Aufgabe dieser Arbeit

Diese Arbeit soll den Unterschied zwischen dem in dem BBauG erwähnten Erschließungsvertrag und dem eben erwähnten Vertrag über die sogenannten Folgelasten herausarbeiten, wobei es besonders auf ihren Inhalt, ihre rechtliche Qualifikation und ihre Zulässigkeit ankommt; gerade diese Punkte sind für die Praxis von entscheidender Bedeutung. Dabei sollen die Verträge in Vergleich zueinander gesetzt werden und daraus mögliche Konsequenzen gezogen werden.

---

1) Musterverträge bei Wachsmuth, S. 5 ff. und Mang-Simon, Art. 86, Rdn. 19.

B. Der Erschließungsvertrag

I. Die Erschließung

Der Erschließungsvertrag ist eine in § 123 Abs. 3 BBauG geregelte Rechtsinstitution. Die Gemeinde ist danach nicht verpflichtet, die Erschließung selbst durchzuführen, vielmehr ist ihr gestattet, diese durch einen Erschließungsvertrag nach ihrem Ermessen auf einen anderen zu übertragen.

1. Der Begriff der Erschließung

Was damit übertragen werden kann, ist weitgehend vom Begriff der Erschließung abhängig, der deshalb zunächst umrissen werden soll.

2. Entwicklung des Begriffs Erschließung

Zunächst einen Überblick über die Entwicklung des Begriffs "Erschließung".

2.1 Dieser Begriff tauchte erstmals im Jahre 1930 in dem Entwurf zu einem Gesetz über Erschließung und Beschaffung für Baugelände[1] auf und wurde im späteren Entwurf des Rechtsstädtebaugesetzes[2] wiederverwendet.

2.2 Dies bedeutet nicht, daß es bis dahin keine Erschließung gab; es waren lediglich andere Mittel - wie Wegebaupflicht durch Hand- und

---

1) Ref.-Entw. in RArbBl. 1930, Teil I, Nr. 5 S. 30 ff.
2) RArbBl. 1931, Teil I, Nr. 32, S. 226 ff.

Spanndienste oder Anliegerbeiträge - gebräuchlich, um die Erschließung zu erreichen.
In diesem Zusammenhang sprach man auch davon, ein Grundstück baureif zu machen[1].
Dabei hatten die Maßnahmen, die zur baulichen Nutzung eines Grundstückes führten, nicht überall den gleichen Umfang.

2.21 Nach § 15 des Preußischen Gesetzes betreffend die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften vom 2. Juli 1875[2] zählten hierzu Freilegung, erste Einrichtung, Entwässerung[3] und Beleuchtungsvorrichtungen der Straßen in der dem Bedürfnis entsprechenden Weise, sowie deren höchstens fünfjährige Unterhaltung. Dabei konnten außer den üblichen Anlagen durch Festlegung der Baufluchtlinien Plätze und Rasenstreifen, Grünflächen und Promenaden- und andere Bepflanzungen zu Erschließungsanlagen gerechnet werden. Den Umfang hatte die Gemeinde durch Ortsstatut oder durch einen besonderen, für die einzelne Straße aufgestellten Bebauungsplan bestimmen müssen[4]; er wurde dadurch begrenzt, daß der Anlieger für höchstens die Hälfte der Straßenbreite und höchstens für 13 m Straßenbreite herangezogen werden konnte.
Die Vorschrift des § 15 PrFluchtlG war Vorbild für verschiedene landesrechtliche Bestimmungen, die bis zum Erlaß des BBauG die Erschließung

---

1) Finkler, § 123 Anm. S. 2, während Pesl, S. 173 ff. darunter noch das Anstehen eines Grundstückes zur Bebauung unter dem Gesichtspunkt des Gewinns versteht.
2) GS, S. 561 i.d.F. des Art. I des WohnungsG vom 28. 3. 1918 (GS, S. 23).
3) Diese gehören grundsätzlich zum Straßenbau, vgl. Händel, S. 45.
4) vgl. hierzu Strauß-Thorney-Saß, § 15, Anm. 2.

regelten. Eine Ausnahme bildete nur das Reichsgesetz über die Zahlung und Sicherung von Anliegerbeiträgen vom 30. 9. 1936[1].

So galten z. B. in Baden die §§ 22, 23 und 24 des Ortsstraßengesetzes vom 15. Oktober 1908[2], in Bayern § 62 der BauO vom 17. Februar 1901[3], in Preußen § 15 des Fluchtliniengesetzes vom 2. Juli 1875[4], in Württemberg Artikel 20 und 24 der BauO vom 28. Juli 1910[5].

2.22 Sowohl der Referentenentwurf für ein Gesetz über die Erschließung und Beschaffung von Baugelände (sog. Baulandgesetz)[6] als auch der Referentenentwurf für ein Reichsstädtebaugesetz[7] nennen zwar den Begriff "Geländeerschließung", definieren ihn aber nicht. Zweck der Geländeerschließung, so heißt es in dem RStädteG, ist die "geordnete Nutzung des Bodens", die "nach den Erfordernissen des Gemeindewohls und der Wirtschaftlichkeit im Wege der Planung vorausschauend vorbereitet und sichergestellt wird". Es folgt dann im wesentlichen, wie dies durch Planungsgesetze zu erreichen ist.

Mehr ist den Entwürfen nicht zu entnehmen.

---

1) RGBl. 1936 I Bd. 2, S. 854.
2) BadGVBl. 1908, S. 605 ff.
3) BayGVBl. 1901, S. 87 ff.
4) GS 1875, S. 561 ff.
5) RegBl., S. 353.
6) RArbBl. 1930, Teil I, Nr. 5, S. 30.
7) RArbBl. 1931, Teil I, Nr. 32, S. 266.

2.23 Im Entwurf des BBauG, der von der Hauptkommission für Baugesetzgebung am 2. 3. 1956 vorgelegt wurde[1], erläutert § 140 den Umfang der Erschließung. Danach rechnen hierzu: Bereitstellung der Fläche für die örtlichen Erschließungsanlagen, also Verkehrs- und Grünanlagen, Wasserversorgungs- und Abwässeranlagen, sowie die im Bebauungsplan ausgewiesenen Erschließungsanlagen nebst Herstellung und deren Unterhaltung, wobei zu den ausgewiesenen Erschließungsanlagen Gas-, Strom-, Wärmeversorgungsanlagen, Müllbeseitigungsanlagen und Sicherungsbauten gegen Naturgewalten (wie Hochwasserdämme, Lawinenmauern)[2] zählen.

2.24 In der Begründung zum Regierungsentwurf[3] heißt es in der Einführung vor § 135:
"Unter Erschließung sind neben der Bereitstellung der erforderlichen Flächen diejenigen Maßnahmen zu verstehen, welche die bauliche Nutzung des Baulandes durch die Herstellung der für die Allgemeinheit bestimmten örtlichen Verkehrs- und Grünanlagen, sowie der öffentlichen Wasserversorgungsanlagen und der Anlagen für die Behandlung und Beseitigung oder Verwertung von Abwässern ermöglichen oder erleichtern sollen.

Die öffentlichen Erschließungsanlagen dienen somit der völligen Baureifmachung des Baulandes. Zur

---

1) Entwurf für ein Bundesbaugesetz, Schriftenreihe BMinWo, Bd. 7.
2) Begründung zu § 140 des Entwurfes für ein Bundesbaugesetz, Schriftenreihe BMinWo, Bd. 9, S. 105.
3) vom 16. 4. 1958 in BTag-Drucks. III 336, S. 96.

Erschließung rechnen dagegen nicht solche Maßnahmen, welche die Vorgänge auf dem Grundstück selbst betreffen, wie die Anlage der Zufahrtswege und die Anschlüsse an das öffentliche Versorgungs- und Abwässernetz."

2.25 Vom Bundestag wurde der Begriff als bekannt vorausgesetzt und deshalb ohne Erläuterung oder Definition in das Gesetz mit übernommen[1].

Aus dem Gesetz ergibt sich jedenfalls unmittelbar, daß die Herstellung der örtlichen öffentlichen Straßen, Plätze, Wege und Grünflächen zur Erschließung zählen, vgl. § 125 Abs. 1 BBauG, auch soweit diese nicht unmittelbar beitragspflichtig sind. Überörtliche Anlagen und Maßnahmen, die das Grundstück selbst betreffen, scheiden gemäß § 123 Abs. 1 BBauG als Erschließungsanlagen aus[2].

Da § 127 Abs. 4 BBauG Anlagen zur Ableitung von Abwässern sowie Versorgungsleistungen mit Elektrizität, Wasser, Gas oder Wärme nur als beitragsfähige Aufwendungen ausschließt, folgt hieraus unmittelbar, daß diese gleichfalls zu den Erschließungsanlagen gehören. Das gleiche gilt für Anlagen zur Abfallbeseitigung. Dies ergibt sich aus der Gleichstellung dieser Anlagen mit Abwässeranlagen in § 5 Abs. 2 Z. 4 und § 9 Abs. 1 Z. 7 BBauG und daraus, daß die Beseitigung von Abfall ebenso notwendig für die Nutzung des Grundstückes ist wie die Abwässerbeseitigung.

---

1) Ausschußbericht zur Drucksache III 1794, S. 23.
2) so auch Brügelmann-Förster, Einf. VI vor § 123, Anm. II; Bielenberg, DVBl. 67, S. 255 f.; Weinisch, 20/10 a Vorb. 1, S. 427.

In der Regel obliegt den Gemeinden die Verpflichtung, im Rahmen des Abschluß- und Benutzungszwanges diejenigen Einrichtungen zu schaffen, welche die soziale, wirtschaftliche und kulturelle Betreuung der Einwohner erfordert[1]. Aufgrund des Energiewirtschaftsgesetzes[2] stellt die Versorgung der Bevölkerung mit Strom, Gas und Wärme jedoch in der Regel keine reine Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinde mehr dar, sondern obliegt Energieversorgungsunternehmen. Diese errichten die Versorgungsanlagen und sind zur Versorgung eines bestimmten Gebietes verpflichtet. Ob es sich dabei um die Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Verpflichtung handelt, ist streitig, wird aber bejaht werden müssen[3].

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß Erschließung bedeutet, daß alle diejenigen Maßnahmen getroffen werden, die erforderlich sind, damit Grundstücke funktionsgerecht genutzt werden können[4].

---

1) Art. 24 I Nr. 2 bay. GO; § 11 I bad.-württ. GO; § 19 II hess. GO; § 8 Nr. 2 nds. GO; § 19 nw. GO; § 22 rhld.-pf. GO; § 17 schl.-hol. GO; Finkler, Erschließungsrecht, S. 11.
2) vom 13. 12. 1935, BGBl. I, S. 1451 (geändert durch § 47 Außenwirtschaftsrecht vom 28. 4. 1961 in BGBl. I, S. 481).
3) vgl. Halstenberg, Versorgungswirtschaft, S. 100.
4) Brügelmann-Förster, Einf. IV, Anm. II; Heitzer-Oesterreicher, § 123, Anm. 1; Schütz-Frohberg, vor § 123, 2; Schrödter, § 123, Anm. 2; Dittus, S. 124; Finkler, Erschließungsrecht, S. 9/13; Tittel, DVW 1965, S. 203; BVerfG-Gutachten vom 16. 6. 1954 in BVerfGE 3, S. 407, 429.

Dazu gehört nach der ausdrücklichen Regelung des § 123 Abs. 5 BBauG nicht die Unterhaltung[1], was in § 15 PrFluchtlG anders geregelt war. Dort hieß es, daß die Unterhaltung fünf Jahre nach Herstellung der Erschließungsanlagen noch zur Erschließung zählt. Verbesserungen und Erweiterungen dagegen gehören zur Erschließung, soweit sie durch Erfordernisse der Erschließung bedingt sind[2]. Ob die Anlagen beitragsfähig im Sinne des § 127 BBauG sind und deshalb zu den Erschließungsanlagen rechnen, ist für den Begriff der Erschließung unmaßgeblich. Denn in § 127 BBauG wird der beitragsfähige Aufwand enger begrenzt als der Aufwand für die Erschließung überhaupt[3].

II. Die Erschließungslast und ihre Grenzen

Der Umfang der Erschließungsmaßnahmen wird im Erschließungsvertrag näher bestimmt. Die Gemeinde kann sich jedoch nicht unbeschränkt zur Erstellung von Erschließungsanlagen verpflichten; denn der Umfang der ihr obliegenden Erschließungslast wird durch ihre Leistungsfähigkeit begrenzt.

---

1) Streit prägt hier den Begriff Erschließung im weiteren Sinn, S. 5; vgl. z. B. H. Schmidt, S. 9.
2) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 5, 42 ff.; Schrödter, § 123, 2; H. Schmidt, S. 8; OVG Münster vom 1. 12. 1964 in DÖV 65, S. 389 f.
3) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 4; der Begriff Aufschließung soll ganz vermieden werden, da er höchst unterschiedlich, teils sehr weit, interpretiert wird, und zu einer Begriffserklärung nicht beiträgt, vgl. z. B. Bonczek-Förster-Gassner, S. 29, die ihn als Oberbegriff auffassen.

1. Begriff der Erschließungslast

Unter dem Begriff Erschließungslast werden diejenigen Aufgaben und Pflichten verstanden, die der Gemeinde auf Grund der Verpflichtung zur Erschließung gemäß § 123 BBauG obliegen. Es handelt sich dabei um eine Selbstverwaltungsaufgabe[1]. Dies ergibt sich schon historisch aus der Entwicklung des BBauG und Artikel 28 Abs. 2 GG in Verbindung mit den entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen[2]. Es läßt sich durch § 125 Abs. 2 BBauG bestätigen; denn diese Vorschrift wäre nicht notwendig gewesen, wenn es sich um Aufgaben der sogenannten übertragbaren Aufgabenweisung oder um Pflichtaufgaben nach Weisung gehandelt hätte.

2. Träger der Erschließungslast

Da die Erfüllung der Erschließungslast gemäß § 123 BBauG der Gemeinde obliegt, ist diese grundsätzlich auch Träger der Erschließungslast; sie ist für die Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zuständig und hat daher außer den in § 123 BBauG genannten Einrichtungen auch die zur Erfüllung

---

1) Schrödter, § 123, 3, der in diesem Zusammenhang von Erschließungshoheit spricht (§ 123, 1); Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 11; v. Mutius, VA 1974, S. 201; Brügelmann-Förster, § 123 II 2; Ludyga, § 123, 10; Cholewa Tz 5; H. Schmidt, S. 14; § 136 I Reg.-Entw. in BTag-Drucks. III 336, Begründung s. 97.

2) Art. 71 bad-württ. Verf.; Art. 10, 83 bay. Verf.; Art. 50 II berl. Verf.; Art. 137 hess. Verf.; Art. 78 nw. Verf.; Art. 49 rhld-pf. Verf.; Art. 122 f. saarl. Verf.

der ihr obliegenden öffentlichen Daseinsvorsorge erforderlichen Anlagen selbst zu erstellen[1].

Schon in § 1 PrFluchlG[2] war die Erschließungslast den Gemeinden - unter Mitwirkung der Polizeibehörden - übertragen.

Eine Ausnahme bildete Bayern[3], wo die Herstellung von Ortsstraßen bei Inkrafttreten des § 123 BBauG nicht zu den Pflichtaufgaben der Gemeinde gehörte, sondern dem Bauherren oblag.

Auch aufgrund öffentlich-rechtlicher Observanzen können ausnahmsweise andere Personen Baulastträger sein[4]. In diesem Zusammenhang ist außerdem zu erwähnen, daß für bestimmte überörtliche Verkehrsverbindungsanlagen die Straßenbaulast als die mit dem Bau und der Unterhaltung der Straßen zusammenhängende öffentlich-rechtliche Aufgabe nicht der Gemeinde, sondern anderen Baulastträgern zugewiesen ist:

a) § 5 BFernStG[5]; hier ist der Bund der Baulastträger;
b) nach dem Landesstraßengesetz[6]; danach sind in bestimmten Fällen die Kreise oder Länder für die Kreis- und Landstraßen zuständig;

---

1) Forsthoff, Daseinsvorsorge, S. 9 ff.; Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 41, 40 ff.
2) Strauß-Thorney-Saß, § 1 Anm. 12.
3) BayVGH vom 5. 11. 1964 in BayVBl. 65, S. 23.
4) Cholewa, KStZ 62, S. 28.
5) BFernStG i. d. F. vom 6. 8. 1961 in BGBl. I 1742.
6) z. B. LStrG NW vom 28. 11. 1961 in GV NW, S. 305.

c) nach dem Eisenbahnkreuzungsgesetz[1]; in bestimmten Fällen trifft die Bundesbahn die Straßenlast;

d) nach dem Inhalt der Planfeststellungsbeschlüße gemäß § 17 BFernStG[2] sind die beteiligten Erschließungsträger zuständig;

e) nach dem Zwecksverbandsgesetz vom 7. 6. 1939[3] und den entsprechenden Nachfolgegesetzen[4] obliegt den genannten Körperschaften die Straßenbaulast;

f) sonstige öffentlich-rechtliche Erschließungsträger sind auf Grund öffentlich-rechtlicher Vereinbarung nach § 13 ZwVerbG möglicherweise zuständig.

3. Bestimmung des Erschließungsumfanges

Den Umfang der Erschließung bestimmt die Gemeinde selbst.

3.1 Er richtet sich in erster Linie nach Ortsüblichkeit und Erforderlichkeit der Anlagen für das

---

1) BGBl. I 63, S. 681.
2) BFernStG i. d. F. vom 6. 8. 1961 in BGBl. I 1741.
3) RGBl. S. 979 i. d. F. VO vom 11. 6. 1940 (RGBl. S. 876) und 24. 7. 1941 in RGBl. S. 464.
4) Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeiten im Lande NRW vom 26. 4. 1961 in GVBl., S. 190; NdsG zur Ordnung des Großraumes Hannover vom 14. 12. 1962 in GVBl., S. 235.

gesamte zu erschließende Gebiet. Dabei ist zu berücksichtigen, daß an die Erschließungsanlagen einer Großstadt notwendigerweise andere Anforderungen zu stellen sind als an die einer kleinen Gemeinde[1]. Das zeigt sich schon am Straßenbau infolge der steigenden Motorisierung, besonders in größeren Städten. Der unterschiedlichen Nutzung, hervorgerufen durch die Ansiedlung von den unterschiedlichsten Gewerbebetrieben oder von Wohngebieten, muß gleichfalls differenziert Rechnung getragen werden.

3.2 Das bedeutet aber nicht, daß die Erschließungsanlagen in vollem Umfang entsprechend den jeweilig herrschenden Bedürfnissen erstellt werden müssen. Der Erschließungslast können nämlich finanziell Grenzen gesetzt werden. Denn die Durchführung der Erschließung muß finanziell gesichert sein, was aber nicht ohne weiteres erreicht werden kann. Zwar kann, bevor ein Grundstück überhaupt durch die Fertigstellung der Erschließungsanlagen erschließungsbeitragspflichtig wird, eine Vorausleistung nach § 133 Abs. 3 S. 1 BBauG verlangt werden[2]. Diese deckt aber nicht die Unkosten der Gemeinde, sondern ist nur als Vorauszahlung für später sowieso fällig werdende Erschließungsbeiträge gedacht.

Die Sicherstellung der Erschließung hängt daher weitgehend von der finanziellen Leistungsfähigkeit der Gemeinde ab.

---

1) Schon § 3 PrFluchtlG schrieb daher vor, daß auf bestimmte Bedürfnisse Rücksicht zu nehmen ist.
2) Schrödter, § 133, 7 f.

Das Erfordernis einer finanziellen Sicherstellung der Erschließungsmaßnahmen kann allerdings mangels ausdrücklicher Bestimmungen nicht direkt aus dem BBauG hergeleitet werden. Ein Vergleich mit dem Wegerecht und insbesondere mit dem BFernStG zeigt aber, daß die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gemeinde auch bei der Erschließung beachtet werden muß.

Vom Wortlaut her drängt sich ein derartiger Vergleich auf; denn auch im BBauG ist von Erschließungslast und nicht von Erschließungspflicht die Rede, genauso wie im Wegerecht von Wegebaulast bzw. von Straßenbaulast gesprochen wird.

§ 3 Abs. 1 S. 2 BFernStG nimmt ausdrücklich auf die Leistungsfähigkeit des Baulastträgers Rücksicht. Hätte dieser im BFernStG speziell kodifizierte, im Wegerecht allgemein geltende Grundsatz[1] im BBauG keine Anwendung finden sollen, so hätte das BBauG dies ausdrücklich in den Erschließungsvorschriften bekunden müssen[2]; denn die Ortsstraßen als wesentlicher Teil der Erschließungsanlagen unterliegen zugleich als Teilgebiet den Grundsätzen des Wegerechtes.

4. Die Bedeutung der gemeindlichen Haushalts- und Wirtschaftsführung

Die Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gemeinde er-

---

1) Marschall, § 3 Anm. 2.
2) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 12.

gibt sich jedoch nicht nur aus dem Wegerecht, sie ist vielmehr auch mit der Verpflichtung der Gemeinden zur ordnungsgemäßen Haushalts- und Wirtschaftsführung zu begründen, die in den Gemeindeordnungen der Länder umrissen ist.

4.1 Daß das Bundesbaugesetz die Finanzhoheit der Gemeinden durch die Regelung der Erschließungslast in irgendeiner Form geändert haben könnte, wird nicht angenommen[1]. Dies könnte das BBauG auch nicht; denn die Finanzhoheit ist, im Kommunalrecht basierend, ein wesentlicher Bestandteil des Selbstverwaltungsrechtes der Gemeinden und damit durch Artikel 28 GG geschützt.

Das BBauG könnte daher der Gemeinde auch nicht eine Erschließungslast auferlegen, die zum finanziellen Zerfall der Kommune führen könnte, weil die Gemeinde - durch Artikel 28 Abs. 2 GG geschützt - stets die Möglichkeit hat, diese Belastung in freier Selbstverantwortung zu regeln.

4.2 Die Gemeinde kann bestimmte Projekte dadurch fördern, daß sie deren Kosten durch eine Schuldenaufnahme deckt.

Die Gemeindeordnungen legten den Gemeindevertretungen bislang nämlich nur die Pflicht auf, ausreichende Mittel zur Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben bereitzustellen; eine Bestimmung aber, die einer ausgabenfreundlichen und schuldenbetonten Politik entgegensteht, ließ

---

1) Bielenberg, DVBl. 67, S. 255 (256).

sich nicht finden. Erst im Zuge der Haushaltsrechtsreform wurde die in ihren Grundsätzen allerdings nicht neue Forderung nach einer sparsamen und wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung (§ 6 HGrG[1]) bei gleichzeitiger Ausgeglichenheit gesetzlich normiert[2]. Dabei ist die Gemeinde zugleich verpflichtet, den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen, sich also konjunkturgerecht zu verhalten, § 2 HGrG. Die Verpflichtung zur Gesamtdeckung ist noch einmal ausdrücklich in § 7 HGrG angesprochen[3]. Schon aus diesen Grundsätzen läßt sich schließen, daß neue Kreditaufnahmen für Ausgaben erst getätigt werden, nachdem ältere oder im Interesse der Allgemeinheit stehende vorrangige Verpflichtungen gedeckt sind.

Dem entspricht das in dem Gemeindefinanzreformgesetz enthaltene Gebot, einen Kredit zur Schaffung von Einnahmen erst dann aufzunehmen, wenn eine anderweitige Finanzierung nicht möglich ist oder

---

1) Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder vom 19. 8. 1969 (BGBl. I, S. 1273) das unmittelbar nur für Bund und Länder gilt. Bis Ende 1972 haben Hessen, Baden-Württemberg (§§ 77 - 117 GO Bad.-Württ.), Nordrhein-Westfalen (§§ 62 - 105 GO NW) und Schleswig-Holstein (§§ 76 - 117 GO SchlH) durch Änderung des die Gemeindewirtschaft betreffenden Teils ihrer Gemeindeordnung den Forderungen des HGrG entsprochen. Im Jahre 1973 folgten Bayern (Art. 61 ff. durch Gesetz vom 25. 4. 1973, GVBl., S. 191), Rheinland-Pfalz (§§ 93 - 114 durch Gesetz vom 14. 12. 1973, GVBl., S. 419) und Niedersachsen (§§ 82 - 101 durch Gesetz vom 7. 1. 1974, GVBl., S. 1 ff.

2) vgl. § 62 GO NW vom 11. 8. 1969 (GVBl., S. 656) i. d. F. vom 11. 7. 1972 (GVBl., S. 218); vgl. GemHVO 1937 (RGBl. I, S. 921 ff.).

3) vgl. auch § 16 GemHVO NW vom 6. 12. 1972 (GVBl., S. 418).

unwirtschaftlich wäre[1].

4.3 Das bedeutet, daß die Gemeinde bei der Inangriffnahme eines neuen Erschließungsobjektes zunächst dessen Wirtschaftlichkeit und dessen möglichst günstige Finanzierung prüfen muß. Sie darf eine derartiges Objekt erst durchführen, wenn dessen Finanzierung gesichert ist, wobei die Möglichkeit der Finanzierung durch Kredite erst als letzter Ausweg in Betracht zu ziehen ist.

Da obendrein ein subjektiv-öffentlicher Anspruch auf Erschließung grundsätzlich bis auf Ausnahmen[2] nicht besteht, wie es § 123 Abs. 4 BBauG ausdrücklich formuliert, folgt daraus mittelbar, daß die Gemeinde als Baulastträger Mittel zur Erschließung nur bereit stellen kann und darf, wenn sie öffentliche Interessen als vorrangig anerkennt oder der besonderen Lage Rechnung trägt. Eine Verschuldung aus anderen Gründen ist nicht haushaltsgemäß und damit rechtswidrig.

---

1) vgl. z. B. § 63 GO NW.
2) so BVerwG vom 4. 10. 1974 in MDR 75, S. 80 f., das allerdings eine Verpflichtung der allgemeinen Erschließungspflicht zu einer aktuellen und fälligen Pflicht unter Hinweis auf § 123 Abs. 2 BBauG und damit einen Anspruch auf Erschließung, wenn bestehende Erschließungsmängel den Grad einer ordnungsrechtlich beachtlichen Störung der öffentlichen Ordnung erreicht (Gemeinde erteilt Baugenehmigungen über längere Zeit für ein Baugebiet, das nicht ausreichend erschlossen ist); vgl. dazu auch ausführlich Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 35 ff.; Schütz-Frohberg, § 123, IV; Heitzer-Oesterreicher, § 123, 3; Finkler, Erschließungsrecht, S. 15 ff.; Schrödter, § 123, 19 ff.

[illegible] [illegible] [illegible] [

die Einwohner der an der Straße liegenden Gegend waren, aber auch diejenigen, die von der Errichtung eines neuen Weges einen Vorteil hatten.

2. Provinz Posen

Ähnlich verhielt es sich mit dem in der Provinz Posen geltenden Gesetz vom 21. Juni 1875[1] betreffend die anderweitige Regelung der Verpflichtung zur Leistung von Hand- und Spanndiensten für die Unterhaltung der Land- und Heerstraßen. Hier stand es allerdings den Verpflichteten frei, an Stelle der Naturalleistung die Zahlung eines Geldäquivalents treten zu lassen, vgl. § 2 dieses Gesetzes. Der Wert der Leistung wurde jeweils jährlich von der Bezirksregierung des Kreises festgesetzt.

3. Das Preußische Fluchtliniengesetz

Noch weitergehend war die Regelung des Gesetzes betreffend die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften vom 2. Juli 1875, des sog. PrFluchtlG[2]. Denn erstmals konnte außer dem Eigentümer ein Dritter, ein sog. Unter-

---

1) GS 1875, S. 324.
2) GS 1875, S. 561.

nehmer, zur Herstellung von Erschließungsanlagen verpflichtet sein, und zwar entweder durch eine Ortssatzung oder auf Grund einer privatrechtlichen (zusätzlichen) Vereinbarung.

3.1 § 15 des PrFluchlG gab den Gemeinden das Recht, durch Ortsstatut festzusetzen, daß bei der Anlegung einer neuen oder bei der Verlängerung einer schon bestehenden Straße, wenn solche zur Bebauung bestimmt war, sowie beim Anbau an schon vorhandenen, bisher unbebauten Straßen oder Straßenteilen nicht nur von den angrenzenden Eigentümern - von letzteren, sobald sie Gebäude an der neuen Straße errichten -, sondern auch von dem Unternehmer der neuen Anlage die Freilegung, erste Einrichtung, Entwässerung und Beleuchtungsvorrichtungen der Straße in der dem Bedürfnis entsprechenden Weise beschafft wurde. Außerdem konnten die Gemeinden durch Ortsstatut festsetzen, daß zusätzlich eine zeitweise, höchstens jedoch fünfjährige Unterhaltung beziehungsweise ein verhältnismäßiger Betrag oder der Ersatz der zu allen diesen Maßnahmen erforderlichen Kosten geleistet wurde.

Die Beitragspflicht selbst hing mithin vom Bestehen bzw. der Art eines Ortsstatuts ab[1].

---

1) Saran, § 15 Anm. 3, S. 333 f.; Eich, KStZ 53, S. 165; Groothold, DVBl. 60, S. 127 (128); Wiethaup, DVBl. 56, S. 45; BVerwG vom 25. 2. 1964 in DVBl. 64, S. 443; PrOVG vom 11. 1. 1938 in PrOVGE 101, S. 52 (53).

Wo Satzungen bestanden, wurde jedoch regelmäßig von dem Recht Gebrauch gemacht, vom Pflichtigen Beiträge zur Deckung der Kosten für die erstellten Anlagen zu verlangen.

3.2 Das Neue an der Regelung war, daß die Pflichten des Anliegers einem Dritten, dem Unternehmer, übertragen werden konnten, der auf diese Weise den Anliegern gleichgestellt wurde[1].

Als Unternehmer galt dabei derjenige, auf dessen Entschließung die neue Straßenanlage zurückzuführen war und für dessen Rechnung sie erfolgte[2], und zwar auch dann, wenn die Gemeinde im öffentichen Interesse oder aus anderen Gründen die Ausführung für Rechnung des Unternehmers ihrerseits übernahm[3] oder wenn die Straße lediglich mit den der Gemeinde von den Beteiligten zur Verfügung gestellten Geldern ausgebaut wurde[4].

4. Regelung in Bayern

In Bayern dagegen war die Herstellung der

---

1) Strauß-Thorney-Saß, § 15 Anm. 15; Saran, § 15 Anm. 16, S. 365.
2) RG vom 26. 6. 1903 in RGZ 55, S. 132 (136); PrOVG vom 9. 5. 1894 in PrOVGE 26, S. 77 (81).
3) PrOVG vom 9. 5. 1894 in PrOVGE 26, S. 84.
4) PrOVG vom 22. 2. 1906 in PrOVGE 49, S. 149 (151); Strauß-Thorney-Saß, § 15 Anm. 15.

Straße privatrechtlich dem Bauherrn[1] übertragen. Nach § 62 Abs. 3 BayBauO[2] durften Bauausführungen erst genehmigt werden, wenn die Herstellung des Straßenkörpers, der wichtigsten Erschließungsanlage, in einem bestimmten Ausmaß gesichert oder wenigstens Sicherheitsleistung für die Herstellung binnen einer bestimmten Frist geleistet war. Als gesichert galt die Herstellung in der Regel, wenn die Gemeinde erklärte, die Straße zu übernehmen oder diese in angemessener Zeit selbst herzustellen. Abgesehen von diesen Fällen wurde die Art der Sicherung, die der Unternehmer zu leisten hatte, von der Gemeinde bestimmt. Regelmäßig wurde verlangt, daß der Unternehmer auf den von ihm abzutretenden oder durch eine Wegedienstbarkeit zu belastenden Grundstücksteilen eine Vormerkung des Anspruchs auf sofortige Grundabtretung oder Dienstbarkeitsbestellung nach § 883 BGB im Grundbuch eintragen ließ[3]. Stellte die Gemeinde die Erschließung selbst her, so ließ sie sich i. d. R. für die voraussichtlichen Kosten Sicherheit in der Weise leisten, daß ihr der Bauunternehmer auf dem

---

1) BayOLG vom 28. 9. 1962 in KStZ 63, S. 20; BayVGH vom 23. 11. 1965 in BayVBl. 66, S. 62; Meyer-Stich-Tittel, vor § 123, 6; VGH München, vom 13. 11. 1962 in KStZ 63, S. 41; vgl. Art. 4 Abs. 2 Z. 2 BayBauO vom 21. 8. 1969 in GVBl., S. 263; Koch-Molodowsky, Art. 4 (3.1.2.).
2) vom 17. 2. 1901 (GVBl., S. 87).
3) Englert-Mang, BayBauO § 62 Anm. 15.

Baugrundstück eine Sicherungshypothek bestellte[1]. De facto war damit wieder die Gemeinde Erschließungsträger.

5. Die Referentenentwürfe des Baulandgesetzes und des Reichsstädtegesetzes

Die Tendenz, daß der Anlieger nur noch Kostenträger der Erschließung ist, setzt sich im Referentenentwurf für ein Gesetz über die Erschließung und die Beschaffung von Baugelände des Jahres 1930[2] (§§ 18 ff.) und im Referentenentwurf für ein Reichsstädtebaugesetz von 1931[3] (§§ 35 ff.) fort. Hier ging es nur noch um die Höhe der Kostentragungspflicht der Anlieger, die nach deren Vorteil bemessen werden sollte. Davon, daß der Anlieger selbst Dienste leisten mußte, war man völlig abgekommen. Andererseits wurde nicht bestimmt, ob die Gemeinde selbst oder auch ein Dritter die Erschließung durchführen mußte.

6. Die Entwürfe zum Bundesbaugesetz

Im Regierungsentwurf zum BBauG[4] wurde dieser Gedanke fortgesetzt. In der Begründung heißt es zu § 136 des Entwurfes: "Es liegt vielmehr

---

1) BayOLG vom 28. 9. 1962 in KStZ 63, S. 20.
2) RArbBl. 1930 Teil I Nr. 5, S. 30 ff.
3) RArbBl. 1931 Teil I Nr. 32, S. 266 ff.
4) BTag-Drucks. III 336, S. 97.

im Interesse der Verkehrssicherheit und der einheitlichen Bauausführung, daß grundsätzlich nur ein Erschließungsträger für die Herstellung der Erschließungsanlagen verantwortlich ist."

Deshalb sollten die Gemeinden in der Regel die Erschließung selbst vornehmen. Für größere Bauvorhaben war allerdings, hauptsächlich aus Zweckmäßigkeitsgründen, bereits in den Entwürfen vorgesehen, daß die Erschließung durch Vertrag auf einen Unternehmer übertragen werden konnte[1]. Das galt auch für die Herstellung einzelner Erschließungsanlagen.

In der vorliegenden Form fand diese Regelung Eingang in das BBauG; eine Änderung wurde nicht mehr vorgenommen[2].

An dieser Entwicklung wird deutlich, daß an die Stelle der reinen Dienstleistung, welche im Preußischen Allgemeinen Landrecht ursprünglich allein vorgesehen war, entweder die Erschließung durch die Gemeinde selbst oder durch einen Dritten - meist einen Wohnungsbauunternehmer - trat, der sich zur Übernahme dieser Aufgaben vertraglich verpflichtete oder durch Statut verpflichtet war.

Ganz offensichtlich knüpft der Erschließungsvertrag an § 15 PrFluchtlG an[3].

---

1) Begründung zu § 136 des Reg.-Entw. eines BBauG in BTag-Drucks. III 336, S. 97; Ref.-Entw. § 139 in BTag-Drucks. II 3028; § 138 Abs. 2 des Entwurfes in BTag-Drucks. II 1813.
2) BTag-Drucks. III 1861.
3) Reg.-Entw. § 136 in BTag-Drucks. III 336, S. 97; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, S. 27; Streit, S. 30.

7. Zum Unternehmervertrag des § 15 Preußisches Fluchtliniengesetz

Es muß deshalb noch einiges zum Unternehmervertrag des § 15 PrFluchlG gesagt werden.

7.1 Man unterscheidet zwischen dem Unternehmervertrag im engeren und weiteren Sinne[1]; in beiden Fällen stellt der Unternehmer Erschließungsanlagen her.

Der erstere ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag gemäß § 15 PrFluchlG, der voraussetzt, daß sich die Gemeinde bei Festlegung des Vertragsinhaltes an die durch das Ortsstatut unter Bezugnahme auf § 15 PrFluchlG gesetzten Grenzen hält[2]. Aus einem solchen Vertrag konnte die Gemeinde bei Nichterfüllung des Unternehmers zu administrativen Maßnahmen schreiten. Gleichzeitig war Folge des Vertrages, daß die Beitragspflicht der Anlieger entfiel[3], diese wurde durch den Vertrag ersetzt. Die Wegebaulast verblieb bei der Gemeinde[4]. Die Polizeilast blieb unberührt[5], wobei unter

---

1) Strauß-Thorney-Saß, § 15 Anm. 15; Cholewa, Tz 29; Schrödter, § 123, 16; Saran, § 15 Anm. 53, S. 533; Dieckmann, S. 118.
2) PrOVG vom 5. 12. 1912 in PrOVGE 62, S. 22 (224); PrOVG vom 7. 3. 1918 in PrOVGE 74, S. 72 (75); PrOVG vom 8. 9. 1936 in PrOVGE 98, S. 37 (40 f.).
3) PrOVG vom 8. 9. 1936 in PrOVGE 98, S. 37; Strauß-Thorney-Saß, § 15 Anm. 15; Saran, § 15, S. 534 f.; Dieckmann, Nachtrag Bl. 13, (Buchst. f a. E.).
4) PrOVG vom 7. 1. 1926 in PrOVGE 80, S. 221.
5) PrOVG vom 7. 1. 1926 in PrOVGE 80, S. 221; Saran, S. 536.

Polizeilast die Aufgabe der Polizei zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung zu verstehen ist, nicht - wie ursprünglich - die Wohlfahrtstätigkeit, vgl. § 10 II 17 ALR[1].

Dem steht der Unternehmervertrag im weiteren Sinne gegenüber. Er regelt ein privatrechtliches Verhältnis. Er eröffnete vor allem für Privatstraßen dem Unternehmer die Möglichkeit, über die durch § 15 PrFluchlG und das Ortsstatut gezogenen Grenzen hinaus oder außerhalb eines solchen Statutes weitere oder neue Pflichten vertraglich zu übernehmen[2]. Dabei blieb die Beitragspflicht der Anlieger in der Regel unberührt; die Anlieger konnten aber dann nicht zu einem Beitrag herangezogen werden, wenn die vom Unternehmer hergestellte Straße übernommen wurde, nachdem sie bereits ordnungsgemäß fertiggestellt war oder wenn sie beim Inkrafttreten des Ortsstatutes schon vorhanden war, da der Gemeinde keine Kosten entstanden waren. Im übrigen war die Heranziehung der Anlieger nur davon abhängig, daß sie nach dem Beginn der Anlegung der Straße durch die Gemeinde bebaut wurde[3]. Anliegerbeiträge waren jedoch erforderlich für noch nicht fertiggestellte Teile von Erschließungs-

---

1) PrOVG vom 14. 6. 1882 in PrOVGE 9, S. 353 (370); heute sind für diese Angaben die Ordnungsbehörden zuständig; vgl. zum Polizeibegriff Friauf, S. 148 ff.
2) Händel, S. 47 ff.; PrOVG vom 7. 3. 1918 in PrOVGE 74, S. 72; PrOVG vom 6. 3. 1930 in PrOVGE 86, S. 142 (144); PrOVG vom 8. 9. 1936 in PrOVGE 98, S. 40; BGH vom 27. 10. 1960 in NJW 61, S. 73; Gladen, ZMR 63, S. 33; Saran, S. 536.
3) PrOVG vom 7. 3. 1918 in PrOVGE 74, S. 72.

anlagen. Die Wahrung der gesetzlichen Formvorschriften war notwendig[1].

7.2 Der Erschließungsvertrag des BBauG knüpft also deutlich an das Institut des Unternehmervertrages an, ist ihm aber nicht in vollem Umfang ähnlich. Gewisse Parallelen lassen sich, wie aufzuzeichnen sein wird, z. B. hinsichtlich des Inhaltes des Vertrages ziehen. Dem Erschließungsvertrag liegt auch das gleiche Motiv zugrunde, nämlich Abwälzung der Ausführung der Erschließung von der Gemeinde auf einen Dritten zur effektiveren Durchführung. In wesentlichen Punkten wird der Erschließungsvertrag jedoch anders einzuordnen sein.

IV. Inhalt des Erschließungsvertrages

1. Gegenstand des Erschließungsvertrages

Der Erschließungsvertrag[2] hat die Regelung der Herstellung einzelner Erschließungsanlagen zum Inhalt. In der Praxis handelt es sich ins-

---

1) RG vom 27. 5. 1903 in PrVBl. 24, S. 698.
2) Schütz-Frohberg, § 123 III 1, verwendet auch den - juristisch ungenauen - Begriff Aufschließung im Rahmen der Erschließung; er ist mit dem Begriff Erschließung i.S.d. BBauG nicht identisch und nicht fest umgrenzt. Es werden oft die Folgeeinrichtungen dabei mitumfaßt, teils auch überörtliche Verkehrsanlagen. Juristisch ist die Unterscheidung von Erschließung und Aufschließung nicht relevant; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 7; vgl. zu dem Begriff Aufschließung und Erschließung das Planungswörterbuch, herausgegeben vom Deutschen Verband für Wohnungswesen, Städtebau und Raumplanung e. V., Köln, Stadtbauverlag, Bonn 1970.

besondere um die Herstellung von Straßen und Grünanlagen in neuen Wohnsiedlungsgebieten, die Anlage von Ableitungen für Abwässer sowie die Verlegung von Versorgungsleitungen für Gas, Elektritzität und Wasser. Dabei hängen die Ausführungen und Details jeweils vom Umfang der vorgesehenen Aufgabenübertragung ab[1].

1.1 Vorweg ist zu bemerken, daß der Erschließungsvertrag sich nicht auf die beitragsfähigen Anlagen beschränken muß. Dies geht aus der Stellung des § 123 Abs. 3 BBauG im ersten Abschnitt des 6. Teils hervor, der den Erschließungsbegriff weiter faßt als der zweite Abschnitt. Schon hier wird ein Unterschied zu dem in § 15 PrFluchlG erwähnten Unternehmervertrag deutlich. Es wird nicht danach unterschieden, ob die Erschließungsanlagen, die herzustellen der Unternehmer sich verpflichtet, beitragspflichtig sind oder nicht. Der Vertragsinhalt kann sich also auf sämtliche Erschließungsanlagen beziehen.

1.2 Der Vertrag wird seinem Inhalt nach insofern eingeschränkt, als er nicht zur Folge haben darf, daß die vom Gesetzgeber für den Normalfall aufgestellten Grundsatzregelungen umgangen oder gar in ihr Gegenteil verkehrt werden. In

---

1) im einzelnen: H. Schmidt, S. 22 ff.; Cholewa, Tz 33; Wachsmuth, S. 5 ff.

diesem Falle würde sich die Ausnutzung der Vertragsfreiheit als Mißbrauch darstellen können. Unter welchen Voraussetzungen dies anzunehmen ist, muß allerdings je nach Lage des Falles entschieden werden. Eine solche Umgehung liegt nach Ansicht des Ministers für Wohnungswesen vor, wenn den Anliegern durch die Abwälzung im Ergebnis höhere Erschließungskosten aufgebürdet werden, als auf Grund der §§ 127 ff. BBauG im Wege der Beitragserhebung gefordert werden können[1].

1.3 Der Erschließungsvertrag bezieht sich nur auf einzelne oder mehrere Erschließungsanlagen[2], niemals auf das gesamte Gemeindegebiet. Ließe man letzteres zu, würde dies - wie unten im einzelnen noch dargestellt wird[3] - bedeuten, daß sich die Gemeinde der Erschließungslast entledigt. Dies ist jedoch nicht zulässig.

2. Rechtliche Möglichkeiten der Übertragung der Erschließung

Es bestehen rechtlich zwei Möglichkeiten, die

---

1) Min. Wohnungswesen, Städtebau und Raumordnung - I B 3 - 2332 - 01/1 -63 vom 3. 1. 1963 in KStZ 63, S. 33; siehe unten S. 81 ff., insbesondere S. 84, 85 ff.
2) Dahm, S. 9 ist mißverständlich.
3) S. 62 ff.

Erschließung zu übertragen[1].

2.1 Die eine Möglichkeit besteht darin, daß die Gemeinde einen oder mehrere Unternehmer beauftragt, den Bau von Erschließungsanlagen nach den Plänen und unter der Aufsicht der Gemeinde durchzuführen. Dabei handelt es sich um einen Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB, nicht um einen Erschließungsvertrag im Sinne des § 123 BBauG. Zum Abschluß eines derartigen Vertrages bedarf es keiner besonderen gesetzlichen Regelung.

2.2 Die andere, durch § 123 Abs. 3 BBauG erfaßte Möglichkeit besteht darin, daß sich vertraglich ein Dritter, meist ein größerer Bauträger, verpflichtet, die gesamte Erschließung auszuführen.

In diesem Zusammenhang muß auf Parallelen zum Unternehmervertrag gemäß § 15 PrFluchlG verwiesen werden, auf Grund dessen gleich-

---

1) Wenn die Gemeinde durch einen oder mehrere Bauunternehmer die Erschließunganlagen aufgrund privatrechtlichen Werkvertages herstellen läßt, aber zugleich mit einem anderen Bauträger einer Siedlungs- oder Wohnungsbaugesellschaft außerdem vereinbart, daß diese die Kosten für die Erschließung entweder nach Schätzung oder nach Maßgabe des tatsächlichen, noch näher zu ermittelnden Aufwandes übernimmt, so handelt es sich weder um einen Werk-, noch um einen Erschließungsvertrag im Sinne des § 123 Abs. 3 BBauG. Dem Bauträger wird die Erschließung nicht übertragen, vielmehr handelt es sich um die vorweggenommene öffentlich-rechtliche Übernahme von Forderungen, die die Beitragspflicht für die erstellten Erschließungsanlagen betreffen; solche sog. Ablösungsverträge wurden schon vom PrOVG für zulässig erachtet und sind nunmehr auch in § 133 Abs. 3 BBauG ausdrücklich geregelt.

falls einerseits der Unternehmer, sofern es sich um eine Baumaßnahme im Rahmen des Ortsstatuts handelte, die Erschließung übernahm und andererseits die Beitragspflicht der Anlieger gegenüber der Gemeinde entfiel.

Der Erschließungsvertrag setzt - wie der Unternehmervertrag - voraus, daß die Art und der Umfang der Erschließungsanlagen bereits in einem Plan festgelegt sind und diese durch den Bauträger in eigener Leistung hergestellt werden. Erschließungsbeiträge kann die Gemeinde dann nicht erheben, da sie insoweit keine Kosten hat; diese trägt allein der Unternehmer.

3. Übertragung der Erschließungslast

Die Erschließungslast im Sinne des § 123 Abs. 3 BBauG kann jedoch nicht übertragen werden, sie muß vielmehr bei der Gemeinde als gesetzlichem Träger der Erschließung verbleiben. Das ist allerdings nicht einhellige Meinung.

3.1 Gesetzlich ist die Übertragung der Erschließungslast sicher nicht mehr zulässig. § 186 Abs. 1 BBauG hebt insoweit entgegenstehende Vorschriften auf.

3.2 Vertraglich ist dagegen nach Ansicht eines Teils der Literatur[1)] eine abweichende Regelung zulässig und beabsichtigt.

---

1) Schütz-Frohberg, § 123 III 1; Brügelmann-Förster, § 123 III 2 d aa; Knaup-Ingenstau, § 123, 5; Dahm, S. 8; Finkler, Erschließungsrecht, S. 22.

Nach Finkler[1] wird auf den Unternehmer "nicht nur die Ausführung der Erschließungsarbeiten in der Weise übertragen, daß der Gemeinde die Verantwortlichkeit, d. h. die Erschließungslast verbleibt". Eine Übertragung der rein technischen Ausführung sei zumal in Gemeinden ohne eigenes Tiefbauamt nicht nur notwendig, sondern seit jeher üblich gewesen. Deshalb bedeute § 123 Abs. 3 BBauG mehr, nämlich daß die Erschließungslast selbst übertragen werde. Finkler räumt zwar in diesem Zusammenhang ein, daß nicht alle Erschließungsaufgaben in einem einzigen Vertrag übertragen werden könnten, weil sich die Gemeinde damit faktisch der durch Art. 28 Abs. 2 GG gesetzlich übertragenen Selbstverwaltung entäußern würde. Er konzediert auch, daß die Gemeinde die Durchführung der Arbeiten zum Teil selbst bestimmen können muß; sie sei an die im Bebauungsplan festgelegte Art der Ausführung hinsichtlich des Materials, des Umfanges und der Bemessung der Anlagen usw. insofern gebunden, als sie später die Anlagen als öffentliche Erschließungsanlagen übernehmen müsse, §§ 123 Abs. 1, 125 BBauG.

3.3 Gegen die Ansicht, es werde die Erschließungslast durch den Erschließungsvertrag übertragen, wenden sich die meisten Verfasser der Kommentare und die Rechtsprechung.

---

1) Finkler, Erschließungsrecht, S. 30.

3.31 Es muß zwar zugegeben werden, daß die Erschließungslast durch den Erschließungsvertrag berührt wird; aber es erfolgt keine gänzliche Abwälzung der Erschließungslast auf einen Dritten; diese wird lediglich im Innenverhältnis, also zwischen Gemeinde und Bauunternehmer, übertragen. Das Außenverhältnis bleibt gemäß § 123 Abs. 1 BBauG völlig unberührt[1]. Es werden dabei die Erschließung und die damit zusammenhängenden Einzelheiten einem Dritten zur Erledigung im eigenen Namen übertragen. Die Gemeinde entledigt sich - anders als in den §§ 5, 6, Pr. WegereinigungsG[2], wonach durch Statut den Anliegern polizeimäßig die Reinigungspflicht auferlegt werden kann und dadurch die Gemeinde auch öffentlich-rechtlich von dieser Pflicht befreit wird[3] - nicht der Pflicht aus § 123 Abs. 1 BBauG, und die Übertragung in diesem Sinne ist keine endgültige Abwälzung der öffentlichen Aufgaben auf einen Dritten. Wäre es anders, so wäre die Vorschrift des § 123 Abs. 1 BBauG, die die Erschließungslast der Gemeinden festlegt, überflüssig. Die Gemeinde könnte sich jederzeit ihrer Verpflichtung entziehen, und dies, obwohl die Erschließung zu einer ihr durch das Grundgesetz übertragenen Selbstverwaltungsaufgabe gehört.

---

1) Schrödter, § 123, 16 a. E. und 17; Schütz-Frohberg, S. 547; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 28; H. Schmidt, S. 21; BGH vom 5. 5. 1972 in DVBl. 72, S. 672; BGH vom 30. 9. 1970 in DVBl. 71, S. 395.
2) vom 1. 7. 1912 (GS, S. 187).
3) Germeshausen-Seydel, S. 66 f.; die Reinigungspflicht der Gemeinde tritt sowieso nur hilfsweise in Ermangelung einer im Wegegesetz zugelassenen abweichenden ortsrechtlichen Regelung ein (S. 63); Heitzer-Oesterreicher, § 123, 2.

3.32 Auch folgender Gedanke spricht gegen eine vollständige Entlassung der Gemeinde aus ihren Pflichten: bei einem Konkurs des Erschließungsträgers wäre die Gemeinde nach völliger Entlassung aus der Erschließungspflicht weder verpflichtet noch berechtigt, die noch nicht durchgeführten Erschließungsanlagen selbst herzustellen. Bis zur Übernahme nach der endgültigen Fertigstellung der Erschließung durch einen Dritten hätte der Grundstückseigentümer infolgedessen keine für die anstehende und notwendige Erschließung zuständige Person oder Institution, an die er sich, z. B. wegen Mängel an den bereits erstellten Anlagen, wenden könnte.

Dies Ergebnis kann nicht rechtens sein. Es muß vielmehr in solchen Fällen die latent bei der Gemeinde verbliebene Erschließungslast wieder aufleben. Das verlangt schon die Stellung der Gemeinde als Träger der Aufgaben für die öffentliche Daseinsvorsorge[1]. Das kann allerdings für den Anlieger die unangenehme Folge haben, daß er auch der Gemeinde gegenüber wieder erschließungsbeitragspflichtig wird, soweit diese die Erschließungsanlagen fertigstellt und ihr daraus ein eigener Erschließungsaufwand entsteht. Hat der Anlieger bereits im voraus an den Unternehmer geleistet, obwohl dieser noch keine Erschließungsanlagen erstellt hat, so kann er

---

1) Johlen, DVBl. 72, S. 883; Ziegler, DVBl. 70, S. 825; BGH vom 30. 9. 1970 in DVBl. 71, S. 395.

sich im Falle des Konkurses wegen einer Rückforderung nur an den Unternehmer halten; der Gemeinde gegenüber wird er erneut erschließungsbeitragspflichtig, ohne daß er seine Zahlung an den Unternehmer ihm gegenüber geltend machen könnte[1]. Zahlt der Grundstückseigentümer also mehr, als der Unternehmer geleistet hat, ist dies sein Risiko. Dies gilt aber nur insoweit, als die Gemeinde selbst die Erschließung durchgeführt hat; darüberhinaus, also für die bereits erstellten Erschließungsanlagen, hat sie keinen beitragsfähigen Aufwand[2], der deckungsfähig wäre.

3.33 Eine Entlassung der Gemeinde aus ihrer Verantwortung war auch vom Gesetzgeber nicht gewollt. Sonst hätte schon rein gesetzestechnich Abs. 3 in Abs. 1 des § 123 BBauG integriert werden müssen[3].

3.34 Aus den Begründungen zu den Entwürfen[4] läßt sich ebenfalls nichts anderes herleiten. Das Bundesministerium für Wohnungswesen bezieht im gleichen Sinne Stellung[5]. Ebensowenig ergeben sich Anhaltspunkte für eine vollständige Befreiung der Gemeinde von der Erschließungslast aus den früher üblichen Unternehmer-

---

1) Schrödter, § 123, 16 a. E., 17 und insbesondere 17 a will das Risiko der Nichterfüllung der Gemeinde aufbürden.
2) Brügelmann-Förster, § 123 III 2 e aa; Schrödter, § 123, 17.
3) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 28.
4) Kommissionsentwurf zu § 141, S. 107 in Schriftenreihe des BMinWoBau Bd. 9.
5) Rundschreiben vom 3. 1. 1963 in KStZ 63, S. 33.

verträgen, auf denen der Erschließungsvertrag basiert. Diese berührten nämlich die Wegebaupflicht der Träger nicht[1]. Das Reichsgericht[2] führte in diesem Zusammenhang aus, daß an der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung der Gemeinden zur Erhaltung der öffentlichen Straßen ihrer Bezirke selbst dadurch nichts geändert werde, daß die Gemeinde ihr Recht wahrnehme, durch Ortsstatut den Unternehmern, die eine neue Straße anlegen oder eine bestehende verlängern, Gemeindelasten in Gestalt von Naturalleistungen aufzuerlegen.

4. Zusammenfassung

Auf Grund dieser Argumente läßt sich die Gegenmeinung, die für eine völlige Entlassung der Gemeinde aus der Erschließungslast plädiert, nicht mehr vertreten; es muß deshalb angenommen werden, daß die Erschließungslast "latent"[3] bei der Gemeinde verbleibt.

---

1) Strauß -Thorney-Saß, § 15 Anm. 15, S. 328; Schütz-Frohberg, S. 547; Franzen, BlGBW 62, S. 165 f.; PrOVG vom 7. 1. 1926 in PrOVGE 80, S. 221.
2) RGZ vom 13. 6. 1901 in PrVBl. 23, S. 89 (90).
3) Ziegler, DVBl. 70, S. 825; BGH vom 30. 9. 1970 in DVBl. 71, S. 395.

V. Die Rechtsnatur des Erschließungsvertrages

Die Rechtsnatur des Erschließungsvertrages ist besonders hinsichtlich des Rechtsweges bei Streitigkeiten aus einem solchen Vertrag von Bedeutung.

Es handelt sich dabei um einen Vertrag, der durch § 123 Abs. 3 BBauG ausdrücklich zugelassen ist.

1. Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge

Das immer noch streitige Problem der Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge ist nicht eigentlicher Gegenstand des vorliegenden Themas. Gleichwohl soll es insoweit angerissen werden, als es im Zusammenhang mit den Erschließungs- und Folgelastenverträgen notwendig ist.

1.1 Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge ist nahezu unbestritten, wenn das öffentliche Recht diese ausdrücklich ermöglicht[1]. Von dieser Ansicht weichen vor allem Giacometti[2], der den öffentlich-rechtlichen Vertrag für systemwidrig und von der rechtsstaatlichen Dogmatik nicht für erfaßbar hält, und Bullinger[3] ab, der nur den koordinations-

---

1) BVerwG vom 5. 10. 1965 in DVBl. 67, S. 40; BGH vom 15. 4. 1960 in BGHZ 32, S. 214; Pieper, DVBl. 67, S. 11; Forsthoff, S. 273 ff.; Salzwedel, S. 1 ff.; Imboden, S. 64 ff.; Stein, AöR 86, S. 320 f.; Menger, VA 52, S. 99 ff.; Stern, VA 49, S. 106, 108; Apelt, Aör 84, S. 249; Rupp, DVBl. 59, S. 81, 83 ff.; Nebiger, S. 277 ff.; Wolff, § 44 II c 1.

2) S. 441 ff.

3) S. 256.

rechtlichen Vertrag in der Hoheitsverwaltung für zulässig erklärt, ansonsten den Verwaltungsakt für die den Aufgaben der Verwaltung gerecht werdende Handlungsform hält.

1.2 Daß öffentlich-rechtliche Verträge als solche auch zulässig sind, wenn es an einer ausdrücklich ermächtigenden Norm fehlt, wird trotz vielem Strittigen inzwischen allgemein anerkannt[1]. Es besteht zwar noch die ältere, an den Grundsätzen des Rechtspositivismus anknüfende Lehre, die eine Ermächtigungsgrundlage für subordinationsrechtliche Verträge fordert[2]. Sie geht von der Lehre vom "Totalvorbehalt" des Gesetzgebers[3] aus und kommt bei fehlender Ermächtigungsgrundlage zur Unzulässigkeit des subordinationsrechtlichen Vertrages.

---

1) Dagegen: O. Mayer, AöR, Bd. 3, S. 3 ff; Bullinger, S. 43, der ihn als "Fremdkörper" bezeichnet; Imboden, S. 10 ebenfalls; auch Giacometti, S. 448 hat sich nicht durchgesetzt; a. A. und heute herrschende Meinung: BVerwG vom 4. 2. 1966 in DVBl. 67, S. 43; Krüger, Staatslehre, S. 908 ff.; Apelt, S. 55; Salzwedel, S. 3 ff.; v. Camphausen, DÖV 67, S. 662 ff.; Pieper, DVBl. 67, S. 11; Forsthoff, Lehrbuch, S. 279, 275 ff.; Wolff I, § 44 II c 2; Imboden, aaO; Götz, DÖV 73, S. 298; Stein, AöR, Bd. 86, S. 320; Mörtel, BayVBl. 65, S. 43; BTag-Drucks. VI 1173, §§ 41 ff.; Haueisen, NJW 63, S. 1329.

2) vgl. hierzu: BVerwG vom 4. 2. 1966 in DVBl. 67, S. 43 = BVerwGE 23, S. 213; BGH vom 29. 11. 1956 in DVBl. 57, S. 348; Jellinek, S. 88; Pieper, DVBl. 67, S. 12; Bullinger, S. 40; Ossenbühl, S. 211 ff., 220, m. w. Nachweisen; Stern, VA 49 (1958), S. 114; Stein, AöR, Bd. 86, S. 321 ff.; Rüfner, S. 330 ff.; Dombrowski, S. 65 ff., 76 ff.; Maunz-Dürig, Art. 20, Rdn. 138; Imboden, S. 66 m. w. Nachweisen; Mörtel, BayVBl. 65, S. 220.

3) Bullinger, S. 93 ff.; Jesch, S. 29 ff., 34; Rupp, Grundlagen, S. 113; Ossenbühl, S. 211; Maunz-Dürig, Art. 20, Rdn. 138; Achterberg, S. 206 ff. mit weiteren Nachweisen.

In der Praxis ist man sich aber einig darüber, daß die immer umfangreicher werdenden Aufgaben eines modernen, sozialen Rechtsstaates nicht mehr allein durch Verwaltungsgesetze erledigt werden können[1].

Diesen Erfordernissen hat § 50 S. 1 des Entwurfes eines VerwVerfG 1974[2] Rechnung getragen, wonach derartige Verträge stets dann geschlossen werden können, wenn Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Auch § 121 S. 1 VwGSchlH[3] geht - ebenso wie die Entwürfe zu einem VerwVerfG[4] - ausdrücklich von der Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge aus, und zwar selbst dann, wenn ein Verwaltungsakt möglich wäre.

In der Literatur hat man sich dem weitgehend angeschlossen. Der Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages trifft schon nach einer älteren Ansicht nicht auf große Bedenken, wenn es sich um eine Materie handelt, der in der Regel atypische, nicht wiederkehrende Sachverhalte zugrunde liegen und die infolgedessen besser durch Verträge als durch Verwaltungsakte geregelt werden können.

---

1) BVerwG vom 4. 2. 1966 in DVBl. 67, S. 43; BGH vom 25. 4. 1960 in BGHZ 32, S. 214; BGH vom 21. 11. 1964 in BGHZ 43, S. 34; OVG Münster vom 20. 3. 1957 in OVGE 12, S. 177; OVG Münster vom 21. 6. 1960 in OVGE 16, S. 12.
2) BTag-Drucks. VI 910, S. 19; sowie Begründung zu § 50, S. 77 ff., und des Entwurfes 1970, § 41 BTag-Drucks. VI 1173.
3) LVwG vom 18. 4. 1967 in GVOBl. 1967, S. 131 ff.
4) BTag-Drucks. VI 1173, §§ 41 ff.; Reg.-Entw. VerwVerfG §§ 50 ff. in BTag-Drucks. VI 910, S. 19.

Mittlerweile hat sich auch in der Literatur die sog. utilitaristische[1] Auffassung durchgesetzt, die aus Gründen der Praktikabilität, des Befürfnisses und der Nützlichkeit öffentlich-rechtliche Verträge ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ermöglicht, soweit es sich um Eingriffsverwaltung handelt. Erst dort, wo zwingende Gesetze und Rechte[2] selbst entgegenstehen, ist kein Raum mehr für öffentlich-rechtliche Verträge[3].

Der tragende Gedanke, der für die moderne Auffassung über die Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen spricht, besteht in der Überlegung, daß das Erfordernis des Vorhandenseins einer gesetzlichen Grundlage für das Handeln durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag dem Erfordernis eines Erlaubnisvorbehaltes gleichkäme. Dies setzte aber stets ein grundsätzliches Verbot voraus, das durch eine spezielle Erlaubnis wieder aufgehoben würde. Eine allgemeine gesetzliche Grundlage für verwaltungsvertragliches Handeln könnte also nur dann gefordert werden, wenn ein allgemeines Verbot im geltenden Recht bestünde, das ausnahmsweise durchbrochen werden dürfte.

---

1) Stern, VA Bd. 49 (1958), 114; Apelt, S. 7 ff.; Wolff, § 44 II c; Götz, JuS 70, S. 2; Bisek, S. 2 ff.
2) BVerwG vom 6. 7. 1973 in DVBl. 73, S. 801; vgl. dazu Imboden, S. 66 m. w. Nachw.; Stern, VA 49, S. 146; Mörtel, BayVBl. 65, S. 220.
3) BVerwG vom 6. 7. 1973 in DVBl. 73, S. 801; Wolff I, § 44 II c; Bisek, S. 44 ff., 49; Götz, JuS 70, 2; Stein, AöR 86, S. 324; Martens, AöR, Bd. 89, S. 448; Kottke, S. 40; Knack, DVBl. 65, S. 709 (711); Rebhan, S. 204; Wach, DVBl. 67, S. 47; Eyermann-Fröhler, § 40, 9 ff.

An einem solchen fehlt es jedoch; Art. 20 Abs. 3 GG erlaubt grundsätzlich jedes Handeln, es sei denn, es verstößt gegen zwingende Gesetze. Dies betrifft aber dann die Frage der inhaltlichen Grenzen der Verträge, nicht die nach der Zulässigkeit der subordinationsrechtlichen Verträge als solche[1].

Meist wird die Vorbehaltsproblematik im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung nicht angeschnitten[2]. Das liegt zum einen daran, daß der kommunale Verwaltungsstil die gesetzesfreie Verwaltung stark beeinflußt hat und daß dies durch Artikel 28 Abs. 2 GG gebilligt wurde. Zum anderen wäre eine gesetzlich geregelte[3], in jeder Hinsicht gebundene Selbstverwaltung praktisch nicht durchsetzbar, da ihre ständig neu anfallenden, unvorhersehbaren und ohne Mitwirkung der Betroffenen kaum noch regelbaren Aufgaben nicht durch bis in Einzelheiten gehende Maßnahmegesetze erfaßt werden kann.

Insgesamt gesehen hat dieser Theorienstreit über die Zulässigkeitsvoraussetzungen öffentlich-rechtlicher Verträge kaum mehr praktische Bedeutung. Fraglich und deshalb jeweils zu prüfen ist jedoch stets, ob der öffentlich-rechtliche Vertrag nicht anderen materiellen Normen widerspricht oder sie aushöhlt.

---

1) Knobloch, S. 140; v. Mutius, VA 1974, S. 209; Bleckmann, VA 63 (1972), S. 409 ff.; Kuhn § 121, 10; Wach, DVBl. 67, S. 47.
2) Jesch, S. 33; Rupp, S. 143 Anm. 106; Beinhardt, VA 55, S. 221 ff.; Ossenbühl, S. 224.
3) Rüfner, Grundlagen, S. 227.

2. Der Erschließungsvertrag als öffentlich-rechtlicher Vertrag

Mit der Klärung der Frage, unter welchen Voraussetzungen öffentlich-rechtliche Verträge zulässig sind, ist noch nicht entschieden, ob der Erschließungsvertrag ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist, wenn auch die Tatsache, daß § 123 Abs. 3 BBauG ausdrücklich einen Erschließungsvertrag für zulässig erklärt, ein starkes Indiz dafür ist, daß es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt.

2.1 Bei der Bestimmung der Rechtsnatur von Verträgen, die in das öffentliche Recht hineinspielen, haben sich mittlerweile[1] zwei wesentliche Theorien herausgebildet.

2.11 Nach der sog. Subjektionstheorie, die sich auf die früher herrschende Auffassung des im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz von Befehl und Gehorsam stützt, liegt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag immer dann vor, wenn die Verwaltung kraft hoheitlichen Amtes tätig wird. Im öffentlichen Recht galt der Grundsatz der Unterordnung, der sog. Subordination[2], während das Privatrecht durch grundsätzliche Gleichordnung der Beteiligten gekennzeichnet war[3].

---

1) Hollinger registrierte 1904 17 Theorien; Übersicht bei Ramstein, S. 13 ff., und Kottke, S. 11 ff.; vordringend die Subjektstheorie von Wolff, AöR 76, S. 205.
2) vgl. Forsthoff, S. 113.
3) Giacometti, S. 97; Ramstein, S. 14; Rüfner, Grundlagen, S. 349.

Diese Theorie hat Schwächen. Denn auch das öffentliche Recht kennt Gleichordnungsverhältnisse, z. B. bei Körperschaften des öffentlichen Rechts oder Ländern des Bundes untereinander[1]. Die Subjektionstheorie kann also keine brauchbaren Unterscheidungsmerkmale liefern, wenn die Verwaltung in Erfüllung der ihr obliegenden, oft sozialstaatlichen Aufgaben sich mit einem Bürger aus Gründen der einfacheren Erfüllung vertraglich arrangiert, statt staatliche Hoheitsgewalt auszuüben.

2.12 Die h. M. bestimmt daher die Rechtsnatur eines Vertrages vom Vertragsgegenstand[2]

---

1) Wolff, § 22 II a Ziff. 7; ders., AöR 76, S. 205; Rupp, DVBl. 58, S. 113 f.

2) BGH vom 25. 4. 1960 in BGHZ 32, S. 214; BGH vom 27. 10. 1960 in NJW 61, S. 73; BGH vom 17. 12. 1960 in BGHZ 34, S. 88; BGH vom 27. 3. 1961 in BGHZ 35, S. 69; BGH vom 18. 3. 1964 in BGHZ 44, S. 264, 287; BGH vom 12. 7. 1972 in NJW 72, S. 587 f.; BVerwG vom 4. 2. 1966 in BVerwGE 23, S. 213; BVerwG vom 5. 10. 1965 in BVerwGE 22, S. 138; BVerwG vom 27. 6. 1968 in NJW 68, S. 2023; Eyermann-Fröhler, § 40, 9; Forsthoff, Lehrbuch, S. 280; Menger, VA 52, S. 99 ff.; H. Schmidt, S. 20; Schrödter, § 123, 15; E. Schulze, S. 41 ff.; Soergel-Schmidt, Einl. Rdn. 86 ff.; Haueisen, NJW 69, S. 122; etwas anders Wolff, § 44 II a 1 und Bettermann, JZ 66, S. 445; nach ihnen liegt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor, wenn er die Begründung, Aufhebung oder Veränderung von Rechten und Pflichten zum Inhalt hat, deren Träger notwendige nur Subjekt öffentlicher Verwaltung sein kann. Das sei der Fall, wenn die vertraglich übernommene Verpflichtung oder eingeräumte Berechtigung eine öffentliche rechtliche Verpflichtung bzw. Berechtigung eines Subjekts öffentlicher Verwaltung oder einer Zivilperson erfüllen oder ablösen soll.

her, zu dessen Bestimmung auch der Vertragszweck heranzuziehen ist. Hat der Vertrag die Ausgestaltung oder Abänderung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen oder Berechtigungen in Form ersetzender, ergänzender oder auch nur näher bestimmender Vereinbarungen zum Inhalt, so handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, ohne daß es dabei auf die Formulierung, die äußere Form der Vereinbarung[1] oder auf den subjektiven Willen der Parteien[2] ankommt.

Mit dieser Abgrenzung wird man nicht nur dem Interesse der Parteien, sondern auch der Funktion der Verträge im Rechtssystem am ehesten gerecht[3].

2.2 Der Ansicht, es handele sich bei dem Erschließungsvertrag um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, muß nicht nur zugestimmt werden, wenn man die Subjektionstheorie vertritt. Diese Theorie kommt zu einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, weil die Gemeinde als Hoheitsträger im Bereich des Erschließungsrechts gegenüber einem Privatmann tätig wird. Auch wenn man der h. M. folgt, muß man zur gleichen Ansicht kommen. Denn als Vertragspartner des Bauwilligen überträgt die Gemeinde, die selbst weiterhin Erschließungslastträger bleibt und damit gegenüber dem Erschließungspartner

---

1) Menger, VA 52, S. 100.
2) Asam, BayVBl. 67, S. 189; BGH vom 27. 3. 1961 in DÖV 61, S. 619.
3) vgl. Soergel-Schmidt, Einl., Rdn. 90.

hoheitlich auftritt, die Durchführung der Erschließung in Erfüllung der ihr auf Grund öffentlich-rechtlicher Verpflichtung obliegenden Erschließungslast; es handelt sich also um die vertragliche Ausgestaltung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung auf Kosten und auf Verantwortung des Unternehmers, mit der Folge, daß die Gemeinde keine Erschließungsbeiträge mehr fordern kann.

Die Qualifikation des Erschließungsvertrages als einen öffentlich-rechtlichen Vertrag trägt zugleich zu einer praktikabeleren Durchsetzbarkeit bei. Da die Gemeinde Erschließungsträger bleibt, kann sie Erfüllungsansprüche gegen den Erschließungsträger auf dem Verwaltungsrechtsweg geltend machen[1]. Damit bleibt die Einheitlichkeit des Erschließungsrechts als öffentliches Recht auch in Bezug auf die Durchsetzbarkeit gewahrt.

2.3 Das ist aber nicht unbestritten.

Franzen[2] sieht in Erschließungsverträgen einseitig verpflichtende Vereinbarungen des bürgerlichen Rechts.

---

1) Ob wegen Schadensersatzansprüchen, die aus einer verwaltungsrechtlichen Leistungsstörung herrühren und gegen den Hoheitsträger geltend gemacht werden, im Hinblick auf § 40 Abs. 2 VwGO der Zivilrechtsweg gegeben ist, ist umstritten, vgl. Wolff I a 44 f 2 mit weiteren Nachweisen. Soweit Erfüllungsansprüche in Frage stehen, wird der Verwaltungsrechtsweg jedoch einhellig bejaht; vgl. Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 33; Heitzer-Oesterreicher, § 123, 26.

2) Franzen, BlGBWR 1962, S. 165, 167.

Schrödter[1] ist der Ansicht, daß der Vertrag nach § 123 BBauG keinen öffentlich-rechtlichen Gegenstand umfasse, weil weder Bestimmungen über die Übernahme der Erschließungslast noch über die Beiträge nach den §§ 127 ff. BBauG oder über Art, Umfang und Merkmale der Erschließungsanlagen darin enthalten seien. Der Gesetzgeber habe vielmehr an den Unternehmervertrag des § 15 PrFluchlG anknüpfen wollen. Danach beruhe die Rechtsnatur des Erschließungsvertrages im engeren Sinne entscheidend auf dem Ortsstatut, in dessen Grenzen sich vertragliche Verpflichtungen halten mußten und das ausschließlich als rechtliche Grundlage für die Zwangsmaßnahmen gegen die Unternehmer der Straße diente[2]. In Anknüpfung an die Rechtsprechung des PrOVG könne sich deshalb die Rechtsnatur des Vertrages als öffentlich-rechtlichen Vertrag nur im Zusammenhang mit der Satzungsgewalt der Gemeinde aus § 132 BBauG und der Berechtigung zur Erhebung des Erschließungsbeitrages aus § 127 BBauG ergeben.

Nach Schneider[3] ist darauf abzustellen, ob das gesamte Grundgelände im Eigentum des Unternehmers steht. Sei dies der Fall, sei der Erschließungsvertrag mit der Gemeinde öffent-

---

1) § 123 Anm. 17.
2) PrOVG vom 5. 12. 1912 in PrOVGE 62, S. 22 (225); PrOVG vom 7. 3. 1918 in PrOVGE 74, S. 76; PrOVG vom 8. 9. 1936 in PrOVGE 48, S. 37 (40).
3) Das Rathaus 1964, S. 73.

lich-rechtlicher Natur; der Unternehmer erschließe nach dem Vertrag und kalkuliere seine Kosten in den Verkaufs- oder Mietpreis ein. Privatrechtlichen Charakter habe der Erschließungsvertrag, wenn in dem Erschließungsgebiet Flächen Dritter lägen. Zwar könne die Gemeinde ungeachtet dieser Tatsache die Erschließung auf einen Unternehmer übertragen, dieser könne aber keine Erschließungsbeiträge von den privaten Eigentümern erheben, da es sich um öffentlich-rechtliche Abgaben handele.

2.4 Die Gegenansichten können nicht überzeugen. Es ist besonders zu berücksichtigen, daß es bei einer Abgrenzung der Rechtsnatur von Verträgen nach anderen Kriterien als denen des wesentlichen Vertragsgegenstandes und -zwecks oft zu zufälligen, den Sachfragen nicht entsprechenden Ergebnissen kommt. Nur wenn man den Vertrag mit der h. M. allein von seinem Gegenstand und Zweck her abgrenzt, wird man die Verträge unabhängig von anderen, zufälligen Umständen qualifizieren können.

Entscheidendes Argument ist daher, daß der Gegenstand, der in einem Erschließungsvertrag geregelt wird, die Ausgestaltung einer im öffentlichen Recht, nämlich im BBauG geregelten Verpflichtung ist. Denn gemäß § 123 Abs. 1 BBauG obliegt die Erschließung als

öffentliche Aufgabe der Gemeinde. Wenn die Gemeinde im Rahmen eines Erschließungsvertrages von der Erfüllung der ihr obliegenden Erschließungspflicht unter gleichzeitiger Begründung der Verpflichtung eines Dritten zur Durchführung der Erschließung zunächst freigestellt wird, so handelt es sich um einen Vertrag, der eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Gemeinde berührt und somit auch um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag[1]. Es ist deshalb nicht mehr von Bedeutung, wer Eigentümer der zu erschließenden Grundstücke ist oder ob die Anlagen beitragspflichtig i. S. d. § 127 BBauG sind. Auch die Tatsache, daß sich der Erschließungsvertrag aus dem Rechtsinstitut des Unternehmervertrages nach § 15 PrFluchlG entwickelt hat, kann den aufgestellten Grundsatz nicht entkräften.

Hinzu kommt, daß aufgrund des Erschließungsvertrages gemäß § 123 Abs. 3 BBauG der Gemeinde keine Aufwendungen entstehen. Sie kann infolgedessen auch keine Beiträge erheben[2]. Damit wird aber zugleich durch den Erschließungsvertrag - wie Ernst zutreffend ausführt[3] - eine von der sonst üblichen gesetzlichen Regelung abweichende öffentlich-rechtliche Regelung geschaffen. Der Erschließungsvertrag

---

1) vgl. BGH vom 25. 4. 1960 in BGHZ 32, S. 214 ff.
2) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 32.
3) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 33.

betrifft mithin das Erschließungsbeitragsrecht und damit eine öffentlich-rechtliche Materie. Er ist auch aus diesem Grund als öffentlich-rechtlicher Vertrag anzusehen.

Es ist deshalb daran festzuhalten, daß der Erschließungsvertrag nach § 123 Abs. 3 BBauG ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist[1].

---

1) BVerwG vom 23. 4. 1969 in DVBl. 69, S. 699; BGH vom 30. 9. 1970 in NJW 70, S. 2107; BGH vom 25. 4. 1960 in BGHZ 32, S. 214; Strunz, SKV 1962, S. 118; Meyer-Stich-Tittel, § 123, 9; Heitzer-Oesterreicher, § 123, 2 b; Brügelmann-Förster, § 123 III, 2 b aa; Finkler, Erschließungsrecht, S. 24; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 33; Schütz-Frohberg, S. 547; Cholewa, Tz 30; H. Schmidt, S. 20.

VI. Beitragspflicht der Gemeinde am Erschließungsaufwand nach § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG bei Erschließungsverträgen

Streit herrscht hinsichtlich der Frage, ob die Gemeinde bei Abschluß eines Erschließungsvertrages gemäß § 123 Abs. 3 BBauG nach § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG verpflichtet ist, sich an den Erschließungskosten mit 10 % zu beteiligen[1]. Dabei sind natürlich nur die Kosten für die in § 127 Abs. 2 BBauG genannten Erschließungsanlagen gemeint.

1. Ablehnende Ansicht

Teilweise wird die Ansicht vertreten, daß im Rahmen des § 123 Abs. 3 BBauG die Gemeinde zur Übernahme von Erschließungskosten nach § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG nicht verpflichtet sei[2].

1.1 Cholewa[3] ist der Ansicht, daß § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG keine unmittelbare Aufwendung auf Erschließungsverträge finde. Auch die Gemeinde könne den Grundsatz der Vertragsfreiheit für sich in Anspruch nehmen. Ob eine volle Anlastung der Erschließungskosten auf den Erschließungsträger zulässig sei, könne deshalb nur unter gerechter Abwägung der Interessen der Beteilig-

---

1) BVerwG vom 23. 4. 1969 in DVBl. 69, S. 699.
2) Finkler, Erschließungsrecht, S. 27 ff.; Johlen, DVBl. 72, S. 882; Cholewa, Tz 35 f.; Bauernfeind, Gemeinderat 1962, S. 73; dies., BuG 67, S. 219; Dahm, S. 37 ff.; Hucko, KStZ 64, S. 178 f.
3) aaO Tz 36.

ten entschieden werden. Die volle Kostenübernahme durch den Dritten sei insbesondere dann zulässig, wenn Bedürfnis und Interesse an der Herstellung der Erschließungsanlagen nicht auf normaler Bevölkerungsentwicklung der Gemeinde beruhe, sondern außerhalb der städtebaulichen Notwendigkeiten erwachsen sei.

1.2 Finkler[1] geht davon aus, daß § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG sich nur an die Gemeinde als Erschließungsträger wende, diese ist aber nach seiner Ansicht im Rahmen des § 123 Abs. 3 BBauG nicht mehr selbst Erschließungsträger, sondern der Unternehmer.

1.3 Gestützt wird diese Ansicht außerdem mit dem Argument, der Erschließungsvertrag werde nicht von den Vorschriften der §§ 127 ff. BBauG berührt. Die §§ 127 ff. BBauG beträfen allein die Erhebung von Erschließungsbeiträgen und die Beteiligung der Gemeinde daran. Werde die Erschließung durch einen Dritten ausgeführt, entstehe der Gemeinde jedoch überhaupt kein Erschließungsaufwand, an dem sie sich beteiligen könne[2].

1.4 Eine Heranziehung des § 90 Abs. 2 des 2. Wohnungsbaugesetzes[3] wird erörtert, aber wohl herrschend abgelehnt. Die Vorschrift lautet:
"Die Gemeinden dürfen im sozialen Wohnungsbau Erschließungskosten nur bis zu der Höhe verlangen oder vereinbaren, die die Eigentümer der anliegenden Grundstücke nach den für Anliegerleistungen

---

1) Erschließungsrecht, S. 29.
2) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 31.
3) vom 1. 9. 1965 (BGBl. I, S. 1858).

geltenden Vorschriften als Erschließungsbeiträge zu entrichten verpflichtet sind. Die Länderregierungen werden ermächtigt, nähere Vorschriften durch Rechtsordnung zu erlassen."

Man schließt daraus, daß die Regelung nur auf diejenigen Fälle zutreffe, bei denen die Gemeinde kraft Hoheitsgewalt, gestützt auf Ortsrecht, von den Grundstückseigentümern Erschließungskosten verlangen könne. Die Schutzfunktion des § 90 Abs. 2 des 2. Wohnungsbaugesetzes auf die als Unternehmer auftretenden Siedlungsgesellschaften auszudehnen, gehe zudem über den Wortlaut und Zweck des Gesetzes hinaus. Die Vorschrift schütze nur den Grundstückseigentümer davor, von der Gemeinde mit höheren Erschließungskosten belastet zu werden, als andere nach dem Ortsrecht zu tragen hätten. Es sei ein Unterschied, ob ein Grundstückseigentümer kraft Ortsrechts zu Beiträgen herangezogen werde oder ob er sich gegenüber einem Unternehmer zur Zahlung der Erschließungskosten vertraglich verpflichte.

2. Befürworter einer Beitragspflicht

Nach anderer Ansicht ist die Gemeinde im Rahmen des § 123 Abs. 3 BBauG stets zur Übernahme der Erschließungskosten gemäß § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG verpflichtet[1]. Diese Pflicht könne auch nicht vertraglich abgewälzt werden. Ein gegen

---

1) Schrödter, § 129, 4; Bundesvereinigung Dt. Heimstätten in "Heimstätten-Mitteilung" Folge 26, April 1962; "Informationsdienst des Dt. Volksheimstättenwerkes", Köln, 8. Folge vom 5. 5. 1963; Brügelmann-Förster, § 123 III 2 e dd.

diese Übernahmepflicht verstoßender Vertrag sei gemäß § 134 BGB nichtig und verpflichte die Gemeinde zur Rückzahlung[1]. Man ist der Auffassung, daß § 129 Abs. 1 S. 1 BBauG die Erhebung von Beiträgen allgemein zwingend[2] normiere und insoweit die Vertragsfreiheit einschränke. Franzen[3] begründet seine Ansicht mit dem Vorteil, der der Gemeinde und der Gesamtheit der Einwohner durch die neue Anlage zugute komme.

Schließlich führt man befürwortend an, es stelle einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz dar, wenn die Gemeinde eine Gruppe ihrer Einwohner, für die ein Unternehmer die Erschließungsanlagen herstelle, finanziell schwerer belaste als andere, von denen sie ihren Erschließungsaufwand unmittelbar selbst fordere[4].

3. Vermittelnde These

Dem steht eine vermittelnde Auffassung gegenüber[5].

3.1 Streit[6] konstatiert, daß § 127 Abs. 1 BBauG ein Gesetzesbefehl sei, der zur Erhebung von Erschließungsbeiträgen zwinge, daß aber § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG als Ausnahme diesen Zwang mildere. Er hält allerdings die von Klippel[7] vorgeschlagene 1 %ige symbolische Übernahme für verfehlt, da dies dem

---

1) Trapp, BlGBWR 1968, S. 126; OVG Münster vom 21. 4. 1971 in DVBl. 72, S. 397; Heitzer-Oesterreicher, § 129, 4 b; OLG Celle vom 22. 5. 1970 in OLGZ 1971, S. 161.
2) hierzu Streit, S. 32 ff.
3) BlGBWR 62, S. 169.
4) H. Schmidt, S. 25.
5) Brügelmann-Förster, § 123 III 2 e dd mit weiteren Nachweisen.
6) aaO., S. 32.
7) KommunalpolBl. 1961, S. 148.

mit der Erhebung des Erschließungsbeitrages verfolgten bodenpolitischen Zweck zuwiderlaufe.

3.2 Manche erachten es als mißbräuchliche Ausnutzung der Vertragsfreiheit, wenn die Erschließungsverträge die für den Normalfall in § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG aufgestellten Voraussetzungen umgehen oder gar in ihr Gegenteil verkehren[1]. Das Vorliegen eines derartigen Mißbrauchs sei nach den Gegebenheiten des Einzelfalles zu beurteilen. Ein Mißbrauch sei zu bejahen, wenn die Gemeinde nach allgemeinen Rechtsvorstellungen verpflichtet sei, innerhalb eines nahen Zeitraumes die Erschließung durchzuführen[2]. Dagegen liege eine Ausnutzung nicht vor, wenn ein Bebauungsplan nur aufgestellt worden sei oder habe aufgestellt werden können, weil ein Dritter die Erschließung übernommen habe (z. B. durch Errichtung von Truppenunterkünften mit dazugehörigen Wohnungen für die Familien)[3].

3.3 Andere stellen auf die Interessenlage des Einzelfalles ab[4]. Habe der Siedlungsträger das größere Interesse an der Bebauung, solle § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG abdingbar sein. In der Regel greife daher der Grundsatz der Selbstbeteiligung der Gemeinde ein, insbesondere bei Gebieten innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils und in den durch Bebauungsplan neu festgesetzten Baugebieten. Er verliere seine Wirkung nur, wenn der Plan auf

---

1) Stellungnahme des BWoMin- 1 B 3 - 2332 - 01/1 - 63 vom 3. 1. 1962 in KStZ 63, S. 33; Brügelmann-Förster, § 123 IV 2 e dd.
2) Hess. Min. d. Inneren, Az. Vd 61 A- 20/09 - 1/63 Erlaß vom 21. 6. 1963 in Staatsanzeiger 63, S. 839; Dahm, S. 38.
3) Cholewa, Tz 36.
4) Cholewa, Tz 36; Hucko, KStZ 64, S. 178; Jung, BuG 1967, S. 58 f.

Veranlassung des Siedlungsträgers aufgestellt worden sei. Im Außenbereich sei eine Entbindung von § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG sogar unbedenklich, denn dieses Gebiet solle nach dem gesetzgeberischen Zweck allgemein von Bebauung freigehalten werden.

3.4 Es gibt aber auch Stimmen, die für eine grundsätzliche Zulässigkeit der Abwälzung des 10 %igen Gemeindeanteils am erschließungsbeitragsfähigen Erschließungsaufwand sprechen, die aber ein Verbot im sozialen Wohnungsbau gemäß § 90 Abs. 2 S. 2 des 2. Wohnungsbaugesetzes vertreten[1].

3.5 Ernst[2] sieht in der völligen Freizeichnung der Gemeinde von der Beteiligung am Erschließungsaufwand eine Aushöhlung des § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG. Diese Vorschrift könne nicht unabhängig von § 123 Abs. 3 BBauG gesehen werden. Auszugehen sei von dem Sinn der Vorschrift. Die 10 %ige Selbstbeteiligung der Gemeinde habe die Aufgabe, als Regulativ vor zuviel Erschließung zu dienen.

Dies sei auch die Begründung des in dieser Form erst in dritter Lesung vorgelegten Gesetzesentwurfes gewesen. Die jetzige Regelung dürfe nicht dadurch umgangen werden können, daß die Gemeinde in Unternehmerverträgen sich schlechthin von der gesetzlich vorgenommenen Selbstbeteiligung frei-

---

1) Brügelmann-Förster, § 123 III 2 e dd; Strunz, SKV 62, S. 118 und 68, S. 39 (43); H. Schmidt, S. 24.
2) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 31.

zeichne und der Unternehmer im Wege privater Vereinbarung mit den Grundstückskäufern die volle Erstattung seiner Erschließungsaufwendungen verlange. Sogar ein Verzicht der Beitragspflichtigen auf die kommunale Selbstbeteiligung sei unzulässig[1].

Daraus folge aber nicht, daß die Gemeinden stets bei jeder vertraglichen Regelung eine 10 %ige Selbstbeteiligung aufzubringen hätten. Dort, wo es trotz fehlender Selbstbeteiligung der Gemeinde nicht zu einer höheren Belastung der Anlieger komme, als dies bei Erhebung von Beiträgen der Fall wäre, sei kein Verstoß gegen § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG anzunehmen[2]. Entscheidend sei eben, daß keine effektiv höhere Belastung der Anlieger durch den Erschließungsvertrag eintrete.

Ein weiterer Gesichtspunkt für die Unternehmerverträge ohne gemeindliche Selbstbeteiligung ergebe sich aus den Grenzen der Erschließungslast. Wo die Gemeinde nicht gehalten sei, eine Erschließung durchzuführen, seien Erschließungsverträge ohne gemeindliche Selbstbeteiligung zulässig, wenn dadurch Gründe beseitigt würden, die der Durchführung der Erschließung seitens der Gemeinde mit Rücksicht auf die Grenzen dieser Erschließungslast, die in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gemeinde liegen, entgegenstünden. Allerdings dürfe der Antragsteller im Ergebnis nicht schlechter stehen, als er bei Ablehnung des

---

1) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 129, 17; Brügelmann-Förster, § 129 III 1; a. A. der Hess. Min. des Inneren, Staatsanzeiger 1963, S. 839.
2) Erlaß des Hess. Minister des Inneren, Staatsanzeiger 1963, S. 839; Dahm, S. 39.

Gesuchs gestanden hätte, die Verpflichtungen der Vertragspartner müßten in einem vertretbaren Verhältnis zur Gegenleistung der Gemeinde stehen und die Gemeinde dürfe nicht in eine Abhängigkeit von dem Unternehmer geraten.

4. Stellungnahme des BVerwG und des BVerfG

Das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesverfassungsgericht haben zu dem Problem gleichfalls Stellung genommen.

Das BVerwG[1] vertritt die Meinung, daß eine 10 %ige Übernahme der Erschließungskosten durch die Gemeinde notwendig sei, daß aber die Zahlung erst dann erforderlich werde, wenn die Gemeinde bei ordnungsgemäßer Planung in der Lage gewesen wäre, das betreffende Gebiet selbst zu erschließen. Denn die in § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG angeordnete Selbstbeteiligung soll u. a. auch dem Umstand Rechnung tragen, daß Erschließungsanlagen nicht nur dem Interesse der Anlieger, sondern zugleich dem öffentlichen Interesse dienten. Unmittelbar daraus ergebe sich die Verpflichtung, ihren Anteil an der Erschließung auch bei einer vertraglichen Übertragung zu tragen.

Auch das BVerfG[2] ist der Ansicht, daß stets eine Selbstbeteiligung der Gemeinde nach § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG in Abzug zu bringen sei. Dabei komme es weniger auf die Bemessungsart an, als auf die Gewährleistung, daß mindestens 10 % des beitrags-

---

1) vom 4. 2. 1972 in NJW 1972, S. 1588; BVerwG vom 23. 4. 1969 in BVerwGE 32, S. 37.
2) BVerfG vom 5. 7. 1972 in BBauBl. 73, S. 378 = NJW 72, S. 1851.

fähigen Erschließungsaufwandes bei allen Erschließungsanlagen in Abzug gebracht würden.

5. Folgerungen

Eine Lösung des Problems ergibt sich aus der historischen Entwicklung, der systematischen Stellung und dem Sinn der Vorschrift.

5.1 Nach § 15 PrFluchtlG[1], an den der Erschließungsvertrag anknüpft, bestand keine Mindestbeteiligung. Im Kommissionsentwurf (§ 152 Abs. 3 S. 3)[2] und in den Regierungsentwürfen (§ 150[3] bzw. § 147[4]) war aber bereits eine 25 %ige Selbstbeteiligung der Gemeinde an den Erschließungskosten vorgesehen, wobei es sich im Kommissionsentwurf nur um eine Sollvorschrift handelte. Die Begründungen waren ähnlich: zwar nutze die Erschließung in erster Linie der Bebauung der Grundstücke, bringe aber auch Vorteile für die gesamte örtliche Gemeinschaft mit sich. Eine Beteiligung aller durch Haushaltsmittel sei daher angemessen. Die im Kommissionsentwurf vorgesehene Möglichkeit, daß die Gemeinde in Erschließungsverträgen die Tragung der Erschließungskosten abweichend regeln könne, (§ 152 Abs. 5) wurde von den Regierungsentwürfen nicht übernommen.

Erst in dritter Lesung wurde die vorliegende Fassung beschlossen. Man begründete die Vorschrift

---

1) vom 2. 7. 1875 (GS, S. 561).
2) Bd. 7 der Schriftenreihe des BMinWoBau.
3) Erster Entwurf, BTag-Drucks. II 3028; Begründung S. 128.
4) Zweiter Entwurf, BTag-Drucks. III 336; Begründung S. 101.

damit, daß die Gemeinde allzu erschließungsfreundlich werden könne, wenn sie sich selbst an dem Aufwand überhaupt nicht zu beteiligen brauche. Die Selbstbeteiligung wurde als "Regulativ gegen zuviel Erschließung" angesehen. Die Absicht des Gesetzgebers war, die Anlieger, nicht die Gemeinde zu entlasten. Das bedeutet, daß sich die Gemeinde grundsätzlich im Rahmen des § 123 Abs. 3 BBauG zwingend in Höhe von 10 % an den Erschließungskosten zu beteiligen hat; andernfalls wird der Sinn des § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG völlig unterlaufen, weil die Gemeinde je nach Gutdünken sich durch Vertrag freizeichnen könnte[1]. Die Folge wäre, daß der Unternehmer die Erschließungskosten in der Regel voll auf den Käufer abwälzen würde.

5.2 Dies geht auch aus der systematischen Stellung des § 129 BBauG hervor. Die Vorschrift befindet sich im 2. Abschnitt des 6. Teils des BBauG und betrifft die Beitragspflicht an Erschließungsanlagen des § 127 BBauG. Diese wiederum sind ein Teil der Erschließungsanlagen im Sinne des § 123 BBauG. Die im 1. Abschnitt des 6. Teils aufgestellten Grundregeln über die Erschließung im allgemeinen gelten insoweit auch für den 2. Abschnitt, der - einschränkend - nur die Beitragspflicht bestimmter beitragsfähiger Erschließungsanlagen behandelt. Falls beim Abschluß eines Erschließungsvertrages die Beteiligungspflicht des § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG für die Gemeinde nicht mehr hätte gelten sollen, hätte der Gesetzgeber eine anderslautende Regelung treffen müssen; denn auch bei Abschluß

---

1) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 31.

eines Erschließungsvertrages bleibt die Gemeinde Erschließungslastträger; sie wird in § 129 Abs. 1 BBauG angesprochen.

5.3 Der Einwand, es fehle an einem Verstoß gegen § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG, wenn effektiv keine höhere Belastung des Anliegers eintrete, als dies bei der Erhebung von Beiträgen der Fall gewesen wäre[1], erscheint nicht stichhaltig.

Zum einen ist es nicht einzusehen, daß allein die Gemeinde einen Vorteil aus einer billigeren Erstellung der Erschließungsanlagen durch den Unternehmer zieht; dem widerspricht sowohl der Sinn als auch der Wortlaut des § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG. Zum anderen stellt sich die Frage, ob denn nun die Gemeinde selbst das Gelände billiger - oder gleich teuer - erschlossen hätte, eine Frage, die im Einzelfall aus tatsächlichen Gründen nur schwer zu beantworten ist.

Der Hinweis[2], der Käufer habe es in der Hand, überhöhte Preise abzulehnen, kann die Bedenken nicht entkräften, daß über § 123 Abs. 3 BBauG die Verpflichtung nach § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG umgangen wird. Der Erschließungsträger hat durch die Gemeinde eine monopolartige Stellung eingeräumt bekommen, die dieser ausnutzen kann, da er seine Preiskalkulation nicht offen darlegen muß. Außerdem könnte er, ohne daß die Gemeinden durch das Regulativ des § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG gebunden wären, mit deren Einvernehmen nicht nur

---

1) so Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 123, 31; v. Mutius, DVBl. 70, S. 51.
2) v. Mutius, DVBl. 70, S. 51.

die Qualität und den Preis, sondern auch den Umfang der Erschließungsanlagen bestimmen.

Hiervor kann nur die Anwendung des § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG auch im Rahmen eines Erschließungsvertrages schützen. Eine andere Lösung wäre auch nicht mit der Unzulässigkeit eines Verzichtes des Beitragspflichtigen[1] auf die kommunale Beteiligung vereinbar. Auch dieses Postulat würde umgangen.

5.4 Unter dem Gesichtspunkt des Artikel 3 GG kommt man zu keinem anderen Ergebnis.

Richtig stellt Hucko[2] fest, daß es unzulässig sei, wenn man die Beteiligung der Gemeinde am Erschließungsaufwand in deren Belieben stelle. Falsch ist es aber, wenn er die Anwendung des Artikel 3 GG hinsichtlich der Beteiligungspflicht der Gemeinde davon abhängig macht, ob der Unternehmer unter Übernahme der vollen Erschließungskosten früher bauen kann. Denn zum einen ist dieses Kriterium nicht immer sauber abgrenzbar zu anderen ähnlich gelagerten Fällen. Zum anderen ist der Schutz vor zuviel Erschließung sowohl zugunsten des Anliegers als auch der Gesamtgemeinde nicht mehr gewährleistet. Zum dritten bedeutet es eine Verkennung der Interessenlage[3]; denn jeder Unternehmer wäre bei entsprechender Finanzkraft bereit, die Erschließungskosten vorläufig selbst zu tragen, da er sie ja später wieder auf die Käufer abwälzen kann.

---

1) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 129, 17; Brügelmann-Förster, § 129 III 1.
2) KStZ 64, S. 179.
3) Ullrich, KStZ 70, S. 28.

Daß der Gedanke des Artikels 3 GG zur Begründung ungeeignet ist, zeigt auch die Überlegung, daß durch unternehmerische Initiative die Erschließungsanlagen zugleich mit dem Bauvorhaben geplant und ausgeführt werden können, so daß die Gesamtkosten meist niedriger gehalten werden können, als wenn die Gemeinde selbst erschließen würde. Die Beteiligungspflicht der Gemeinde nach § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG von einem Vergleich von tatsächlichen mit hypothetischen Kostenansätzen abhängig zu machen, erscheint nicht nur hinsichtlich des gesetzgeberischen Zweckes der Norm selbst, sondern auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten verfehlt zu sein; zudem ist nicht einzusehen, warum nicht der Anlieger, sondern die Gemeinde von der billigeren Erstellung der Erschließungsanlagen profitieren soll[1].

5.5 Der zitierte § 90 Abs. 2 des 2. WoBauG gilt in diesem Zusammenhang nur begrenzt, nicht nur weil das Gesetz bereits vor Inkrafttreten des BBauG bestand[2]. Wichtig ist, daß § 90 Abs. 2 des 2. WoBauG allein die Belastung der Anlieger berücksichtigt; ein Bezug zu der gemeindlichen Erschließungslast[3] und den Grenzen der Beteiligungspflicht der Gemeinde wird nicht hergestellt.

Hinzu kommt, daß dem § 90 Abs. 2 des 2. Wohnungsbaugesetzes zwar wie dem § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG der Gedanke des Regulativs vor zuviel Erschließung zugrundeliegt. Nur ist § 90

---

1) Brügelmann-Förster, § 123 III 2 e dd (S. 16); BVerwG vom 4. 2. 1972 in NJW 72, S. 1588.
2) seit 1956, vgl. II. Wohnungsbaugesetz vom 27. 6. 1956 (BGBl. I, S. 523).
3) Braun, S. 126 ff.

Abs. 2 des 2. WoBauG speziell auf den sozialen Wohnungsbau zugeschnitten und betont allein den Anliegerschutz. Deshalb kann daraus nur entnommen werden, daß der Anlieger im sozialen Wohnungsbau ganz bestimmt nicht höher belastet werden darf, als ein sonstiger Eigentümer an Erschließungsbeiträgen zu leisten verpflichtet wäre.

Dafür, daß die Gemeinde generell berechtigt ist, eine 10 %ige Kostenbeteiligung an den Erschließungskosten im Rahmen eines Erschließungsvertrages zu verweigern, gibt § 90 Abs. 2 des 2. WoBauG keinen Anhalt.

6. Zusammenfassung

Wenn man voraussetzt, daß die Beteiligungspflicht der Gemeinde an den Erschließungskosten einen wesentlichen Bestandteil des Erschließungsrechtes bildet[1], so muß man unter Abwägung der oben genannten Gründe zu dem Schluß kommen, daß eine Beteiligungspflicht der Gemeinde entsprechend § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG auch im Falle des Abschlusses eines Erschließungsvertrages zwingend[2] vor-

---

1) BVerwG vom 23. 4. 1969 in BVerwGE 32, S. 37.
2) Bonczek-Förster-Gassner plädieren u. a. im Hinblick auf die schlechte Finanzlage der Gemeinden und mit dem Argument, die Selbstbeteiligung sei kein geeignetes Mittel gegen eine zu aufwendige Erschließung, für einen Wegfall der Selbstbeteiligungspflicht, vgl. im einzelnen S. 89 f.

geschrieben ist[1].

Einer Vereinbarung über die Fälligkeit des Beitrages steht nichts entgegen; diese ist durch Gesetz gestattet[2].

---

1) Zwar kann § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG keine unmittelbare Anwendung finden, da der Gemeinde überhaupt kein Erschließungsaufwand erwächst, der beitragsfähig wäre. Eine entsprechende Anwendung ist nicht nur zwingend, sondern auch möglich. Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 286. Denn im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Unvollständigkeit des BBauG, deren sich der Gesetzgeber nicht bewußt war. Die Beschränkung der zwingenden Norm des § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG nur auf die Fälle des § 129 Abs. 1 S. 1 BBauG ohne Berücksichtigung des § 123 Abs. 3 BBauG geschah sicher nicht bewußt; sonst hätte der Gesetzgeber, der offensichtlich nur die regulative Auswirkung des § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG vor Augen hatte, zu § 152 Abs. 5 des Kommissionsentwurfes, der die Möglichkeit einer von § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG abweichenden Regelung vorsah, in irgendeiner Form Stellung bezogen. Dies hat er jedoch nicht getan, sodaß eine Abweichung vom Grundsatz des § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG nur in dem gesamten Entwurf vorgesehen und erörtert ist.
A. A.: v. Mutius, DVBl. 71, S. 51.

2) BVerwG vom 4. 2. 1972 in NJW 72, S. 1589.

VII. Das Formerfordernis beim Abschluß eines Erschließungsvertrages

Eine zwischen Literatur und Rechtsprechung streitige Frage ist die nach der Notwendigkeit der notariellen Form des Erschließungsvertrages[1].

1. § 313 BGB

Da in ihm oft auch die Verpflichtung zur Übereignung von Grundeigentum enthalten ist, wird meist § 313 BGB herangezogen.

Man ist ganz allgemein der Ansicht, daß diese Vorschrift nicht direkt anzuwenden ist[2]. Eine Ausnahme macht Franzen[3], der § 313 BGB logischerweise unmittelbar anwendet, weil er den Erschließungsvertrag dem Privatrecht zuordnet.

2. Problem der analogen Anwendung

Streitig ist, ob eine analoge Anwendung des § 313 BGB überhaupt in Frage kommt.

---

1) Literaturüberblick zu diesem Problem:
- OVG Münster vom 18. 10. 1972 in ZMR 73, S. 169;
- OLG Köln vom 26. 2. 1970 in DVBl. 71, S. 423;
- VG Düsseldorf vom 16. 2. 1970 in DNotZ 71, S. 546;
- Wachsmuth, S. 16; Brügelmann-Förster, § 123 III 2 a am Ende; Ziegler, DVBl. 70, S. 825 Baur, Stellungnahme hierzu in DVBl. 70, S. 824) DVBl. 71, S. 425 und DVBl. 72, S. 215; Lohbeck, BB 71, S. 1395 f.; Johlen, DVBl. 72, S. 881.

2) BGH vom 5. 5. 1972 in DVBl. 72, S. 672.

3) BlGBWR 1962, S. 165 (167); vgl. Palandt § 313, 4: "§ 313 gilt für alle Verträge, in denen eine Verpflichtung zur Übertragung oder zum Erwerb eines Grundstückes übernommen wird, nicht nur wo diese der Hauptgegenstand des Vertrages sind, wie bei Kauf und Tausch."

2.1 Das StBauFördG vom 1. August 1971[1] stellt zwar einige Verträge vom Formerfordernis des § 313 BGB frei. Daß der Schutz des Formerfordernis in diesen Fällen weggefallen ist, darf aber nicht dazu führen, zu diesen Ausnahmen weitere Analogien zu bilden. Dies ist schon aus Gründen der Logik nicht zulässig[2].

2.2 Auch aus den §§ 16, 17 des Preußischen Gesetzes über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. 6. 1874[3] - für die dort vorgesehenen Verträge über die freiwillige Abtretung von Grundeigentum genügt Schriftform - ist kein allgemeiner Rechtsgedanke herzuleiten[4].

2.3 Ein Gewohnheitsrecht, wonach Schriftform erforderlich wäre, hat sich nicht gebildet.

2.4 Es stellt sich daher die Frage, ob eine entsprechende Anwendung des § 313 BGB aus anderen Gründen zwingend ist.

Der BGH[5] ist der Ansicht, daß die analoge Anwendung des § 313 BGB Platz auch bei Erschließungsverträgen finden müsse[6]. Er führt aus, daß

---

1) BGBl. I, S. 1125; z. B. § 35 Abs. 2 S. 2, S. 55 Abs. 3 S. 2 StBauFördG.
2) Forsthoff, Lehrbuch, S. 167.
3) GS, S. 221 ff.
4) Die Rechtsprechung hat ihren Anwendungsbereich auf die Einigung der Beteiligten über die Entschädigung erstreckt, wenn diese in Form einer Grundstücksübertragung gewährt wurde (RG vom 26. 4. 1919 in RGZ 96, S. 1).
5) BGH vom 5. 5. 1972 in DVBl. 72, S. 672 (673); OLG Köln vom 26. 2. 1970 in DVBl. 71, S. 423.
6) ebenso Lohbeck, BB 71, S. 1395; Brügelmann-Förster, § 123 III 2 a; Baur, DVBl. 70, S. 824; VG Düsseldorf vom 16. 2. 1970 in DNotZ 71, S. 546.

eine Auffüllung von Lücken des öffentlichen Rechts durch Normen bürgerlichen Rechts erforderlich werde, wenn diese Normen Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze seien[1]. Formvorschriften seien davon nicht ausgenommen[2]. Der BGH geht auf den Rechtsgedanken des § 313 BGB ein, der den Schutz des Grundeigentümers vor übereilten Verpflichtungsgeschäften zum Inhalt hat. Um Abschluß und Inhalt des Vertrages hinreichend klarzustellen und beweisbar zu machen, sei die notarielle Beurkundung vorgeschrieben. Dieser Schutzgedanke gelte auch im öffentlichen Recht. Die Anwendung des § 313 BGB sei demzufolge gerechtfertigt, wenn die Eingehung einer solchen Verpflichtung Teil eines öffentlichen Vertrages sei[3].

3. Gegenansicht

Die Gegenansicht wird mit Recht vertreten.

3.1 Denn auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag sind grundsätzlich die Regeln des öffentlichen Rechts anzuwenden. Erst wenn Lücken unausfüllbar bleiben, können allgemeine Rechtsgrundsätze hinzugezogen werden, die ihren Ausdruck im bürgerlichen Recht gefunden haben. Eine derartige Lücke besteht in

---

1) Forsthoff, S. 167 ff.; Wolff I , § 25 I a und § 28 III d; Jellinek, S. 153 f., 155; Weber, JuS 70, S. 169 f. mit weiteren Hinweisen; RG vom 13. 3. 1925 in RGZ 110, S. 293 (294).
2) Apelt, S. 185; Forsthoff, Lehrbuch, S. 281.
3) LM BGB 313, Nr. 23 vom 9. 3. 1965.

diesem Zusammenhang im öffentlichen Recht nicht.

Man muß zudem mit Ziegler[1] davon ausgehen, daß im deutschen Recht der Grundsatz der Formfreiheit auch im öffentlichen Recht gilt; das Fehlen einer Formvorschrift im öffentlichen Recht bedeutet daher keine Lücke.

Da § 313 BGB eine Ausnahmevorschrift ist, die für ein bestimmtes Geschäft eine ganz besonders strenge Form vorschreibt, wäre es sogar systemwidrig[2], eine Analogie zuzulassen.

3.2 Hinzu kommt, daß der Eigentumserwerb durch die Gemeinde ein Teil der Erschließung ist, was nach Ansicht Lohbecks[3] jedoch nach öffentlichem Sachenrecht unzutreffend ist. Auch der gemeindliche Grunderwerb zwecks Straßenherstellung sei formbedürftig; auf den Zweck komme es nicht an. Im Hinblick auf den Geschäftswert und die Kosten sei allein zu prüfen, ob der gesamte Erschließungsvertrag oder nur die Übereignung zu beurkunden sei. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß es nicht auf den Zweck des Vertrages, sondern auf den Zweck der Vorschrift des § 313 BGB ankommt, um ermessen zu können, ob die Grundstücksübereignungsverpflichtungserklärungen innerhalb eines Erschließungsvertrages beurkundungspflichtig sind. Der Vorschrift des § 313 BGB liegt jedoch vor allem der Schutzgedanke zugrunde, die Beteiligten von übereilten Grundstücksgeschäften abzuhalten.

---

1) DVBl. 70, S. 815, sowie DVBl. 71, S. 425 und DVBl. 72, S. 215; auch Forsthoff, Lehrbuch, S. 281.
2) vgl. hierzu Forsthoff, Lehrbuch, S. 167 ff.; Wolff, § 28 III d; Weber, JuS 70, S. 170.
3) Lohbeck, BB 71, S. 1396.

Das Argument des Schutzgedankens des § 313 BGB ist jedoch nicht zwingend. Schon wegen des Umfangs des Erschließungsvertrages und der erforderlichen Details müssen diese stets schriftlich abgeschlossen werden. Dem Abschluß gehen intensive Vorbereitungen voraus. Die Befürchtung vor Übereilung oder Beweisschwierigkeiten ist deshalb grundlos. Dem Gesetzgeber des § 313 BGB dagegen ging es darum, "Wirtshausverträge"[1] über Grundstücke auszuschließen. Zudem obliegt es der Gemeinde, von Amts wegen bei Grundstücksgeschäften darauf zu achten, daß ein ihr gegenüberstehender geschäftsungewandter Grundstückseigentümer bei der Übereignung seines Grundstücks nicht übervorteilt wird.

Hinzu kommt, daß das Grundstück, das in einem Erschließungsvertrag übereignet werden soll, in der Regel wertmäßig nur eine untergeordnete Rolle im Verhältnis zu den Baukosten spielt. Dem Anliegen, dem Unternehmer oder der Gemeinde vor übereilten oder ungünstigen Erschließungsverträgen durch eine entsprechende Anwendung des § 313 BGB Schutz zu gewähren, dient die Verpflichtung einer notariellen Beurkundung daher nicht. Man würde den Interessen der Beteiligten in keiner Weise gerechter.

Darüberhinaus nützen die Kenntnisse eines Notares auf dem Gebiete der Beurkundung von Grundstücksübereignungsgeschäften in diesen Fällen den Beteiligten in der Regel nicht. Die

---

1) Ziegler, DVBl. 71, S. 425; Baur, DVBl. 70, S. 824.

wirtschaftliche Bedeutung eines Erschließungsvertrages sowie die Auswirkung und Folge einzelner Klauseln dürften die Beteiligten sachgerecht beurteilen können; die Heranziehung eines Notars erübrigt sich daher meist.

4. Schlußfolgerungen

Ist die Analogie ausgeschlossen, muß man zu dem Schluß gelangen, daß bei dem Abschluß eines Erschließungsvertrages völlige Formfreiheit herrscht. Diese wird nur insoweit eingeschränkt, als andere Vorschriften bestimmte Formen erzwingen[1].

Dies gilt zum Beispiel für Erklärungen, durch die eine Gemeinde verpflichtet werden soll, sofern es sich nicht um einfache Geschäfte der laufenden Verwaltung handelt[2]; dann ist in der Regel Schriftform vorgeschrieben[3].

Das Ergebnis erscheint bedenklich[4]. Nach wie vor ist davon auszugehen, daß öffentlich-rechtliche Verträge infolge ihrer Bedeutung und zum Zweck der Transparenz für die Öffentlichkeit schriftlich abgeschlossen werden müssen. Dies

---

1) Baur, DVBl. 70, S. 824.
2) einfache Verpflichtungserklärungen, also solche im Rahmen der laufenden Verwaltungsgeschäfte (vgl. Wolff II, § 87 III c), sind außer in Bayern formfrei.
3) vgl. z. B. § 56 Abs. 1 GO NW; § 48 Z. 8 brhStV; § 54 GemO BW; § 56 Abs. 1 GemO RhldPf; § 57 S. 2 GemO Hess; § 61 GemO SchlH; § 63 GemO Nds.
4) Wolff, § 50 II c 2; Lohbeck, BB 71, S. 1396.

ist jedoch bisher außer in Schleswig-Holstein noch nicht verbindlich vorgeschrieben. § 53 des Entwurfs eines VerwVerfG[1)] sieht allerdings gleichfalls Schriftform für alle öffentlich-rechtlichen Verträge vor.

5. Zusammenfassung

Der Erschließungsvertrag selbst kann deshalb bislang formfrei bleiben; das gilt auch für die privatrechtliche Verpflichtung zur Übereignung. Diese muß nicht gemäß § 313 BGB notariell beurkundet werden[2)]. Dementsprechend stellt sich auch nicht die Frage, ob der Vertrag bei fehlender Beurkundung der Übereignungsverpflichtung in entsprechender Anwendung des § 139 BGB dessen Gesamtnichtigkeit zur Folge hat[3)]. Vielmehr ist der Erschließungsvertrag insgesamt aus den dargelegten Gründen formfrei gültig, auch wenn eine Übereignungsverpflichtung darin enthalten ist.

---

1) BTag-Drucks. VII, 910, Begründung, S. 81 (Entwurf 1970, S. 244, BTag-Drucks. VI, S. 1173).
2) a. A.: BGH vom 3. 5. 1972 in NJW 72, S. 1364; VG Düsseldorf vom 16. 2. 1970 in DNotZ 71, S. 546; Brügelmann-Förster, § 123 III 2 a; Baur, DVBl. 70, S. 824; Ziegler, DVBl. 71, S. 425 und DVBl. 72, S. 215; Lohbeck, BB 71, S. 1396.
3) Johlen, DVBl. 72, S. 881; Lohbeck, BB 71, S. 1396.

B. Der Vertrag über die kommunalen Folgelasten

I. Begriff der Folgelasten und ihre Deckung

1. Aussage des BBauG

Die Problematik des Folgelastenvertrages liegt darin, daß die sog. Folgelastenkosten und deren Kostentragung im BBauG nicht erwähnt werden[1]. Es handelt sich also negativ abgegrenzt um Kosten solcher Anlagen, die nicht erschließungsbeitragsfähig sind[2]. Denn die §§ 127 ff. BBauG gelten nur für die in § 127 Abs. 2 BBauG ausdrücklich erwähnten Anlagen, nicht aber für sog. Folgeeinrichtungen.

2. Umfang der Folgelasten

Diese Kosten betreffen vornehmlich Aufwendungen für Schulen, Kindergärten, Sportanlagen, Frei- und Hallenbäder, Krankenhäuser, Alters- oder Waisenheime, sonstige soziale Anlagen, Friedhöfe, Verkehrsausbaumaßnahmen, Energie- und Wasserversorgung, Straßenreinigung, Müllabfuhr, Güterversorgung, Schlacht- und Viehhöfe, Großmarkthallen, sowie Kultur- und Verwaltungseinrichtungen (Theater, Versammlungssäle, Behördenbauten, Feuerwehr).

---

1) vgl. S. 6 ff.
2) Anders Steeb, der auch Erschließungsanlagen zu den Folgeeinrichtungen zählt, S. 15 f.; Herzner, S. 52 f.; Asam, BayVBl. 67, S. 186; Koch, BayVBl. 65, S. 294.

Hinzu kommen aber auch die Kosten für laufende Unterhaltung und das zusätzliche Personal.

Auf eine derartige begriffliche Definition deutet bereits § 17 Abs. 1 S. 1 PrAnsiedlG vom 10. 8. 1904[1] hin, wonach Folgeeinrichtungen diejenigen Einrichtungen sind, die "infolge der Ansiedlung eine Änderung oder Neuordnung der Gemeinde-, Kirchen- und Schulverhältnisse" erfordern.

Ganz ähnlich lautet auch § 3 VO über die Förderung von Gemeinschaftsanlagen, Folgeeinrichtungen und Aufschließungsmaßnahmen im Bergarbeiterwohnungsbau[2], § 7 a Abs. 3 VO zur Durchführung des Gesetzes über die Gemeinnützigkeit im Wohnungsbauwesen[3] und § 9 Abs. 3 VO zur Durchführung des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes (WGGDV)[4]. Nach diesen Vorschriften sind Folgeeinrichtungen "öffentliche und diesen gleichzuachtende bauliche Anlagen, die infolge der Errichtung einer größeren Anzahl von zusammenhängenden, neugeschaffenen Wohnungen erforderlich sind, um die bildungsmäßige, soziale oder verwaltungsmäßige Betreuung der Bevölkerung zu gewährleisten."

Welche Folgeeinrichtungen konkret erforderlich sind, kann nicht verallgemeinernd gesagt werden. Es kommt vielmehr auf die unterschiedlichen Gegebenheiten des Einzelfalles an. So kann in einer Kommune auf bestimmte Einrichtungen von vorneherein verzichtet werden, während dagegen

---

1) GS 1904, S. 227, 230
2) vom 18. 7. 1955 (BGBl. I, S. 456).
3) vom 25. 4. 1957 (BGBl. I, S. 401 f.).
4) vom 24. 11. 1969 (BGBl. I, S. 2141).

in der Nachbarkommune ebendieselbe Folgeeinrichtung dringend notwendig ist[1].

Da eine Abwälzung der Folgelastenkosten - wie oben eingangs ausführlich dargelegt wurde - nur in beschränktem Umfang möglich ist, greifen die Beteiligten häufig zu dem Institut des Folgelastenvertrages, um wenigstens teilweise eine Entlastung des Gemeindehaushaltes zu erreichen.

Im Gegensatz zum Erschließungsvertrag, der im wesentlichen die Übertragung der Ausführung der Erschließung beinhaltet, hat der Folgelastenvertrag den Verkauf vom Gemeindegrundstücken gegen die Verpflichtung zur Zahlung eines Kaufpreises und zur Entrichtung eines Folgelastenbeitrages, oft auch Kulturbeitrag genannt, zum Inhalt, der zur Deckung der Kosten bestimmter Folgeeinrichtungen gedacht ist. Er kann aber auch die Verpflichtung zur Einleitung eines Bauleitplanverfahrens, zur Änderung bzw. Ausweisung eines neuen Baugebietes oder die Verpflichtung zur Erteilung einer Bau- oder Bodenverkehrsgenehmigung bzw. zur Zustimmung hierzu (§§ 19 Abs. 4 S. 1, 31 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1, 36 Abs. 1, S. 1 BBauG) gegen die Zusicherung der Zahlung eines Folgelastenbeitrages vertraglich regeln. Meist erfolgt eine ausdrückliche Zweckbindung der zugesagten Mittel und eine Vereinbarung über die sich aus dem Verkauf bzw. der Ausweisung des

---

1) Teichgräber, BuG 67, S. 458.

neuen Baugebietes bzw. der Erteilung der Baugenehmigung für die Parteien ergebenden Anliegerrechte und -pflichten[1].

3. Konsequenzen

Die sog. Folgelastenverträge sind deshalb infolge eines anderen Gegenstandes mit Erschließungsverträgen in keiner Weise identisch; sie werden jedoch von den Betroffenen in der Praxis oft bewußt zeitlich oder sogar urkundlich miteinander verbunden. Häufig werden sogar die verschiedenen Materien in einem gemeinsamen Vertrag geregelt und der Abschluß des einen von der Zustimmung zu dem anderen Vertragsentwurf abhängig gemacht. Dabei wird je nach Interessenlage oft ein großer Druck auf den anderen Vertragsteil ausgeübt. Darunter haben besonders finanzschwache und kleinere Randgemeinden zu leiden, weil sie ihr städteplanerischen Vorstellungen nicht mehr in der Form druchsetzen können, wie sie dies beabsichtigt hatten, ohne Gefahr zu laufen, den für sie nützlichen Wohnungsbauinteressenten verlieren zu müssen.

Diese Verträge werfen nicht nur in ihrer praktischen Durchführung, sondern auch auf rechtlichem Gebiet erhebliche Probleme auf.

Im Vordergrund steht die Frage der Rechtsnatur und die damit verbundene Problematik der inhaltlichen Zulässigkeit. Ungelöst ist auch das Problem der Form.

---

1) vgl. die Musterverträge bei Wachsmuth, S. 5 ff.

II. Die Rechtsnatur des Folgelastenvertrages

1. Problemstellung

Die primäre Frage ist die nach der Rechtsnatur der Folgelastenverträge. Wegen des von Erschließungsverträgen unterschiedlichen Inhaltes sind sie nicht ohne weiteres wie diese als öffentlich-rechtliche Verträge einzustufen. Es stellt sich daher - wie bei Erschließungsverträgen - die Frage nach der Zulässigkeit hinsichtlich der Handlungsform wie die Frage nach ihrer Rechtsnatur und der Zulässigkeit ihres Inhaltes.

2. Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge

Was die Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen anbelangt, darf unter Hinweis auf die im Zusammenhang mit den Fragen nach der Zulässigkeit und der Rechtsnatur von Erschließungsverträgen angestellten Erörterungen verwiesen werden[1]. Danach sind öffentlich-rechtliche Verträge auch dann zulässig, wenn es an einer ausdrücklichen Ermächtigungsnorm fehlt. Auch § 43[2] bzw. § 50[3] des Entwurfs eines VerwVerfG 1970 bzw. 1974 gehen ausdrücklich von der Zulässigkeit derartiger Verträge aus.

---

1) vgl. S. 68 ff.
2) §§ 41 ff. des Entwurfs 1970 in BTag-Drucks. VI 1173.
3) §§ 50 ff. des Entwurfs 1974 in BTag-Drucks. VII 910.

3. Rechtsnatur des Folgelastenvertrages

Ob es sich bei dem Folgelastenvertrag allerdings um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt, ist sehr umstritten[1].

Die Beantwortung dieser Frage ist hinsichtlich des Rechtsweges von Bedeutung und im einzelnen noch nicht geklärt, obwohl der BGH in seiner Entscheidung vom 12. Juli 1971[2] seinen alten Standpunkt aufgegeben und dem BVerwG[3] gefolgt ist, der den Folgelastenvertrag als öffentlich-recht-

---

1) Überblick über die gesamte Literatur und Rechtsprechung:
   a) BGH vom 12. 5. 1972 in DVBl. 72, S. 824; BGH vom 14. 7. 1966 in DVBl. 67, S. 36; vorher schon BGH vom 21. 11. 1957 in BGHZ 26, S. 84; OLG München vom 31. 10. 1968 in BayVBl. 69, S. 183; VG Hannover vom 23. 4. 1964 in KStZ 65, S. 19 f.; BGH vom 12. 7. 1971 in DVBl. 71, S. 789; BVwG vom 5. 10. 1965 in DVBl. 67, S. 40; BVerwG vom 6. 7. 1973 in DVBl. 73, S. 800; OLG Celle vom 4. 3. 1964 in NiedersGem. 64, S. 116; LG München II vom 1. 2. 1962 in BayVBl. 62, S. 251; LG Hannover vom 6. 3. 1962 in KStZ 64, S. 43;
   b) Asam, BayVBl. 67, S. 186; Abreß, S. 30 ff.; Bielenberg, DVBl. 67, S. 255; Bouska, BayBgm 69, S. 85; v. Camphausen, DÖV 67, S. 622; Degmair, KStZ 65, S. 169 ff.; Dombrowski, S. 65 ff., 72 ff., 76 ff.; Eyermann-Fröhler, § 40, 9; Finkler, Die NiedersGem. 64, S. 15 ff.; Brügelmann-Förster, § 123 III 2 g; Grunewald, S. 40 ff.; Hennings, Die NiedersGem. 64, S. 118; Hucko, KStZ 64, S. 176; Staatszeitung Rheinland-Pfalz Nr. 15/1967, S. 5; Mang-Simon, Art. 86, Rdn. 20 ff.; Menger-Erichsen, VA 58 (1957), S. 171, 173, 176 f.; Merk, S. 903 f. und 1810 ff.; Neumann-Duesberg, BlGBWR 67, S. 64; Röskau, KStZ 69, S. 192; Schatz, BayVBl. 67, S. 379; Suckow, KStZ 64, S. 153; Tittel, DVBl. 67, S. 38; Wach, DVBl. 67, S. 47; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 127, 24, 27 ff.; Knobloch, S. 107 ff.
2) DVBl. 71, S. 789.
3) BVerwG vom 5. 10. 1965 in BVerwGE 22, S. 138; BVerwG vom 6. 7. 1973 in DVBl. 73, S. 800 ff.

lichen Vertrag ansieht. Auch hinsichtlich der Möglichkeiten in der Ausgestaltung ist die Unterscheidung wichtig, da ein privatrechtliches Verhältnis größere Freiheiten bietet als die öffentlich-rechtlichen Vorschriften[1].

Für die Zuordnung des Vertrages zum privaten oder öffentlichen Recht kommt es - wie eingangs dargelegt - nach heute herrschender Meinung entscheidend auf den Gegenstand des Vertrages an[2], zu dessen Bestimmung auch der Vertragszweck heranzuziehen ist[3].

Bei der Bestimmung der Rechtsnatur der Folgelastenverträge gehen die Meinungen jedoch weit auseinander, auch wenn stets der Vertragsgegenstand als Ausgangspunkt zur Abgrenzung gewählt wurde.

3.1 Die Argumente, die für die Annahme eines privatrechtlichen Vertrages vorgetragen werden[4], sind recht verschiedenartig.

3.11 Röskau[5] sieht den Folgelastenvertrag als privatrechtlichen Vertrag an, weil er keine eigentliche öffentlich-rechtliche Regelung beinhalte, sondern in deren Vorfeld liege. Es handele sich um einen sog. "Voraussetzungsvertrag", durch den erst ein Zustand geschaffen werde, der der Gemeinde die Ausnahme ermögliche und der mangels gegenteiliger

---

1) Gygi, S. 55.
2) BVerwG vom 5. 10. 1965 in BVerwGE 22, S. 138; Eyermann-Fröhler, § 40, 9 ff.; vgl. die Darlegung auf S. 68 ff. mit den weiteren Nachweisen
3) Eyermann-Fröhler, aaO; auf die übrigen Theorien soll hier nicht mehr eingegangen werden, sondern auf die Ausführungen Knoblochs verwiesen werden; vgl. Knobloch, S. 110 ff.
4) vgl. ausführliche Literaturnachweise bei Knobloch, S. 119.
5) KStZ 69, S. 192 ff. (196).

Anhaltspunkte eben privatrechtlicher Art sei.

Auch Ernst[1] hält die Folgelastenvereinbarung für privatrechtlich. Weder die öffentliche Aufgabenträgerschaft der Gemeinde für Folgeeinrichtungen sei betroffen, noch finde eine gesetzliche Lastenverteilung in diesem Bereich statt; derartige Verträge bezögen sich mithin nicht auf eine öffentlich-rechtliche Materie[2].

3.12 Die Zivilgerichte haben bisher weitgehend ihre Zuständigkeit bei Streitigkeiten aus solchen Verträgen angenommen[3].

Entscheidungen des BGH, die Folgelasten unmittelbar betreffen, lagen bis vor kurzem nicht vor. Das Urteil vom 21. 11. 1957[4] betraf die Frage der Zulässigkeit von Baudispensverträgen, die als privatrechtliche (zusätzliche) Vereinbarungen angesehen wurden.

Das Urteil des BGH vom 25. 4. 1960[5] betraf einen Ablösungsvertrag nach der RGarO. Der BGH war im Gegensatz zu den Vorgerichten der Auffassung, daß der Zivilrechtsweg nicht gegeben war, weil eine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Verteilung öffentlich-rechtlicher Lasten und Pflichten, vorgesehen war und nicht bloß eine zusätzliche Übernahme von Pflichten, die die Aufgaben- oder

---

1) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 127, 27.
2) Brügelmann-Förster, § 123 III 2 g, hält die Folgelastenvereinbarung für öffentlich-rechtlich. Eine Begründung für die Ansicht fehlt.
3) LG München II vom 1. 2. 1962 in BayVBl. 62, S. 251; aber LG München II vom 13. 7. 1971 in BayBgm 1972, S. 52 hat diese Entscheidung aufgehoben, vgl. OLG Celle, NiedersGem. 64, S. 116 und LG München vom 24. 2. 1972 in BayBgm 72, S. 142.
4) BGH vom 21. 11. 1957 in BGHZ 26, S. 84.
5) BGH vom 25. 4. 1960 in BGHZ 32, S. 214.

Lastenverteilung selbst unberührt ließ.

Das Urteil vom 14. Juli 1966[1] schließlich, das sich mit der Rechtsgültigkeit derartiger Verträge auseinandersetzte, konnte die Frage nach der Rechtsnatur offen lassen. Der BGH hatte nämlich über einen Schadensersatzanspruch einer Gemeinde gegen ihren Prozeßbevollmächtigten wegen einer von diesem versäumten Rechtsmitteleinlegung im Prozeß um die Rechtsgültigkeit eines Folgelastenvertrages zwischen der Gemeinde und einem Bauherren zu befinden; der Schadensersatzanspruch hing von der Rechtsnatur des fraglichen Vertrages unmittelbar gar nicht ab.

3.2 Zwischenzeitlich hat der BGH direkt zur Frage des Rechtsweges bei Folgelastenverträgen Stellung genommen[2].

3.21 Er vertritt die Ansicht, der Folgelastenvertrag sei öffentlich-rechtlicher Natur.

Der BGH hatte über einen Rückgewähranspruch einer Zuwendung zu entscheiden, die ein Bauwerber auf Grund einer Folgelastenvereinbarung an eine Gemeinde geleistet hat, um die Erteilung einer Bauerlaubnis zu erreichen. Der BGH stellte sich auf den Standpunkt, daß für den Anspruch auf Rückgewähr einer Zuwendung ebenso der Verwaltungsrechtsweg gegeben sei wie für den Leistungsanspruch[3]. Der Folgelastenvertrag sei ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, weil Sinn und Zweck des Vertrages sei, Hindernisse gegen die Erteilung einer Bauer-

---

1) DVBl. 67, S. 36.
2) DVBl. 71, S. 789 (vom 12. 7. 1971).
3) BVerwG vom 21. 9. 1966 in BVerwGE 25, S. 72, 76; weitere Nachweise bei Eyermann-Fröhler, § 40, 17.

laubnis auszuräumen, also den Erlaß eines Verwaltungsaktes zu erreichen. Damit wurzelten die Rechtsbeziehungen der Gemeinde und des Bauwerbers im öffentlichen Recht und seien öffentlich-rechtlicher Natur. Außerdem argumentiert der BGH[1]: "Wenn der Bauwerber über eine bestehende öffentliche Pflicht hinaus eine Belastung, die in einer Verschärfung dieser Pflicht besteht, durch einen mit dem berechtigten Hoheitsträger geschlossenen Vertrag auf sich nimmt, wird das Rechtsverhältnis insgesamt nicht zu einem bürgerlich-rechtlichen umgestaltet."

Ist das Gesamtbild derart, daß die Gemeinde ihre hoheitlichen Rechte bei einer vertraglichen Regelung zur Durchführung öffentlicher Aufgaben einsetzt, so handelt es sich nach Ansicht des BGH demnach um eine öffentlich-rechtliche Beziehung; die Tatsache allein, daß keine Rechtsgrundlage für die versprochene Leistung besteht, vermag die Vereinbarung noch nicht zu einer privatrechtlichen zu machen.

3.22 Auch das BVerwG hat Stellung bezogen[2]. Es hält ebenfalls den Rechtsweg zum Verwaltungsgericht für gegeben.

Das Gericht hatte über die Klage einer Gemeinde zu entscheiden, die von einer Baubetreuungsgesellschaft Zahlung von DM 1.500,-- pro Wohnungseinheit für Folgeeinrichtungen verlangte und zu der sich

---

1) BGH vom 17. 7. 1971 in DVBl. 71, S. 791.
2) BVerwG vom 6. 7. 1973 in DVBl. 73, S. 800.

die Gesellschaft vertraglich verpflichtet hatte. Das Gericht begründet die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur des Vertrages damit, daß der Gegenstand des Vertrages sich auf einen von der gesetzlichen Ordnung öffentlich-rechtlich geregelten Sachverhalt beziehe.

Dies folge nicht unmittelbar aus dem Gegenstand des im Mittelpunkt von Folgelastenverträgen stehenden Zahlungsanspruchs; dieser sei einer privatrechtlichen Beurteilung nicht entzogen. Entscheidend sei die von den Zahlungsansprüchen nicht zu trennende, in der Aufstellung des Bebauungsplanes bzw. der einvernehmlichen Mitwirkung am Baugenehmigungsverfahren bestehende Leistung, welche die am Vertrag beteiligte Gemeinde erbringe. Die Enge des Zusammenhanges sei es, die verlange, daß beide Leistungen nach übereinstimmenden Regeln zu beurteilen seien. Es wäre wenig sinnvoll und den Beteiligten nicht zumutbar, wenn derart eng miteinander zusammenhängende Leistungen im Streitfall getrennt und ihre Beurteilung auf verschiedene Rechtswege verteilt würden.

Das BVerwG grenzt also die Zugehörigkeit von Verträgen zum öffentlichen oder privaten Recht nicht allein nach dem nach außen hin erkennbaren Vertragsgegenstand ab, sondern berücksichtigt den hinter dem Vertragsgegenstand stehenden wesentlichen Zweck, soweit ein enger und innerer Zusammenhang mit den vertraglich begründeten Rechten und Pflichten besteht.

Mit ähnlicher Argumentation verteidigte das BVerwG schon mit Urteil vom 5. 10. 1965[1] die öffentlich-rechtliche Natur des Folgelastenvertrages. Die Zulässigkeit des Verwaltungsgerichts, die in der Vorinstanz vom OVG Lüneburg[2] abgelehnt wurde, begründete das BVerwG nämlich gleichfalls damit, daß es sich bei der von dem Bauwerber übernommenen Verpflichtung zur Zahlung eines Folgelastenbeitrages um eine bewußte und gewollte enge Verknüpfung und Bindung der Leistung an die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen und Berechtigungen des Bauwerbers handelt, die mit der von ihnen beabsichtigten Bebauung unmittelbar zusammenhängen.

3.23 Andere Argumente für die Ansicht, der Folgelastenvertrag sei öffentlich-rechtlicher Natur, lassen sich in der Literatur finden.

Eyermann-Fröhler[3] sieht den Grund darin, daß an Stelle des Verwaltungsaktes der Folgelastenvertrag trete, was der modernen Auffassung vom Verhältnis Staat - Untertan entspreche, nach der die

---

1) BVerwG vom 5. 10. 1965 in DVBl. 67, S. 40.
2) OVG Lüneburg vom 9. 11. 1961 - I OVG A 130/60 -, zitiert in DVBl. 67, S. 40, (41); vgl. auch OLG Lüneburg vom 23. 11. 1970 in DVBl. 72 S. 154; Es handelt sich um einen Grundstückskaufvertrag, in dessen Rahmen die Zahlung eines Folgelastenbeitrages zugunsten einer Gemeinde vereinbart wurde. Das Gericht erachtete den Vertrag als privatrechtlichen Grundstückskaufvertrag, in dem zugunsten der Gemeinde eine Zahlungsverpflichtung vereinbart worden ist. Der rechtliche Grund für diese Verpflichtung ergebe sich aus Rechtsbeziehungen zwischen Verkäufer und Käufer. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang die Grundstücksübereignung, nicht die (zusätzliche) Zahlungsverpflichtung.
3) § 40, 10.

Anwendung hoheitlicher Mittel möglichst als letzter Ausweg vorzusehen ist. Heitzer-Oesterreicher[1] und Cholewa[2] halten die Folgelastenvereinbarung für öffentlich-rechtlich, weil die Gemeinde hoheitlich auf dem Gebiet der Bauleitplanung (§§ 1 ff. BBauG), der Genehmigung im Bodenverkehr (§§ 19 ff. BBauG) oder der Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben im Sinne der §§ 29 ff. BBauG handele. Der Vertragsgegenstand betreffe mithin stets einen öffentlich-rechtlichen Sachverhalt; denn mit der Errichtung der Finanzierung von Anlagen nehme die Gemeinde eine öffentliche Aufgabe wahr.

Auch Bielenberg[3] sieht den übergeordneten Gesichtspunkt beim Abschluß eines Folgelastenvertrages in der geordneten Entwicklung des Gemeindegebietes und des betroffenen Gemeindeteiles; deshalb müßten die materiellen Ziele der Bauleitung nach § 1 Abs. 4, 5 BBauG sinngemäß gelten. Danach müsse die Gemeinde öffentliche und private Belange gerecht abwägen (§ 1 Abs. 4 S. 2 BBauG)[4]. Mit der Zuordnung zum öffentlichen Recht sieht Bielenberg das Problem nur noch im Rechtsschutz.

v. Mutius[5] grenzt den Vertrag danach ab, ob die getroffene Regelung, wäre sie normativ erfolgt, eine Norm des öffentlichen Rechtes sein würde,

---

1) vor § 123 III C 3 a.
2) Tz. 38.
3) DVBl. 67, S. 255 (261).
4) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 1, 30 ff.
5) VA 1974, S. 205.

d. h. unter Anwendung der Subjektstheorie[1], ob die vertraglich übernommene Verpflichtung oder Berechtigung eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung oder Berechtigung eines Subjekts öffentlicher Verwaltung oder einer Zivilperson ablösen solle[2]. Das sei bei dem Folgelastenvertrag der Fall, da die Bauinteressenten durch die übernommenen Zahlungsverpflichtungen die Kostentragungspflicht der Gemeinden für die Herstellung kommunaler Folgeeinrichtungen zumindest insoweit ablösten, als diese keine weiteren Finanzmittel bereitzustellen bräuchten. Wären die Zahlungsverpflichtungen durch Rechtssatz begründet, so würde es sich - ähnlich wie in § 17 PrAnsiedlG und in § 9 SchlH KAG[3] - um die Normierung öffentlicher Abgaben handeln. Auch wenn die Aufstellung eines Bebauungsplanes bzw. die einvernehmliche Mitwirkung der Gemeinde am Baugenehmigungsverfahren "Bedingung" für die übernommenen Zahlungsverpflichtungen sein soll, also zum Vertragsinhalt gehöre oder zumindest Geschäftsgrundlage darstelle, handele es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, da die Gemeinde mit der Abgabe ihrer Willenserklärung im Rahmen der nur ihr als Subjekt öffentlicher Verwaltung zugeordneten Planungshoheit und -aufgabe tätig werde, Artikel 28 Abs. 2 GG in Verbindung mit §§ 1 Abs. 4 und 5, 5, 9 Abs. 6, 10, 36 Abs. 1 S. 1 BBauG.

---

1) Wolff I, § 22 II, § 44 II a 1; Bettermann, JZ 67, S. 445; hierzu Menger, Festschrift für H. J. Wolff, S. 149, 160 ff. mit weiteren Nachweisen.
2) vgl. auch § 121 S. 1 LVwG SchlH; § 50 S. 1 Reg.-Entw. VerwVerfG 1974, BTag-Drucks. VII 910, S. 19, Begründung S. 76 ff.
3) vom 10. 3. 1970 in GVOBl., S. 44.

4. Stellungnahme

Auf Grund der wiedergegebenen, sehr verschiedenartigen Meinungen ist grundsätzlich festzuhalten, daß es bei der Abgrenzung des privatrechtlichen vom öffentlichen Vertrag entscheidend auf den Vertragsinhalt und den Zweck ankommt.

4.1 Der Folgelastenvertrag hat - darüber ist man sich mangels widersprechender Meinungen wohl einig - keine Verschiebung der öffentlichen Lasten oder Pflichten zum Inhalt, was möglicherweise für eine öffentlich-rechtliche Natur des Folgelastenvertrages sprechen würde. Meist heißt es in der Folgelastenvereinbarung nur, daß der Bauwerber sich verpflichtet, zu einem bestimmten Termin an die Gemeinde eine einmalige Zuwendung in einer bestimmten Höhe zu zahlen. Daraus läßt sich eine Lasten- und Pflichtenverschiebung nicht herleiten; derartiges wird weder ausdrücklich angesprochen noch irgendwie andeutungsweise beabsichtigt[1].

4.2 Die Rechtsnatur des Folgelastenvertrages läßt sich aber auch nicht bestimmen, indem man an die Überlegung anknüpft, daß es rechtlich anerkanntermaßen durchaus möglich ist, daß ein Vertragspartner im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages unbeschadet der öffentlich-rechtlichen Ordnung und ohne Abweichung von der durch sie geregelten Aufgaben- und Lastenverteilung zusätzlich eine privatrechtliche Verpflichtung übernimmt[2].

---

1) BGH vom 25. 4. 1960 in BGHZ 32, S. 214;
BGH vom 14. 6. 1962 in WM 62, S. 114.
2) BGH vom 25. 4. 1960 in BGHZ 32, S. 214.

Dieser Grundsatz hat bereits für den Unternehmervertrag des preußischen Rechts gegolten, wonach sich der Unternehmer zur Übernahme von weiteren als den in § 15 PrFluchtlG in Verbindung mit der jeweiligen Ortssatzung geregelten Pflichten verpflichten konnte[1]. Da derartige sog. Unternehmerverträge im weiteren Sinne privatrechtlich[2] eingestuft wurden, könnte man auch dazu neigen, den Folgelastenvertrag als privatrechtlichen Vertrag anzusehen.

4.3 Damit wird man denjenigen Kriterien, die hinter einer solchen Folgelastenvereinbarung stehen, und den Motiven, die zu ihrem Abschluß führen, nicht gerecht. Der Folgelastenvertrag würde nur nach seinem Wortlaut, nicht nach seinem gesamten Inhalt und Zweck und keineswegs als Einheit beurteilt. Er muß aber grundsätzlich als Gesamtheit verstanden werden. Er kann nicht in einzelne Vereinbarungen zerstückelt werden, die teils öffentlich-rechtlicher, teils privatrechtlicher Natur sind, die unabhängig nebeneinander stehen und einzeln herauslösbar sind.

Ausnahmslos haben nämlich die Vertragspartner sämtliche übernommenen Rechte und Pflichten bewußt und gewollt eng miteinander verbunden, was äußerlich oft sogar durch die Beurkundung in einem Gesamtvertrag zum Ausdruck kommt.

---

1) Strauß-Thorney-Saß, § 15, 15 (S. 329); Händel, S. 47 ff.; PrOVG vom 7. 3. 1918 in PrOVGE 74, S. 72.
2) vgl. oben S. 52 f., S. 72 ff.
3) RG vom 10. 11. 1903 in RGZ 56, S. 4; auch RG vom 26. 10. 1931 in RGZ 133, S. 361 (364); Willigmann, DVBl. 63, S. 229; Schrödter, § 133, Rdn. 16; Brügelmann-Förster, § 133 IV 3; Strauß-Thorney-Saß, § 15, 15, S. 329.

Daß das wesentliche Element die Gesamtabrede sein muß, geht auch daraus hervor, daß es sich bei der Folgelastenabrede schon rein sachlich nicht um ein abstraktes, von der ursprünglichen Regelung losgelöstes Schuldanerkenntnis handelt, sondern um eine Gegenleistung zu dem Zweck, die Gemeinde in die Lage zu versetzen, mit der Zuwendung öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnehmen zu können.

Darüberhinaus kann das Problem der finanziellen Verwirklichung eines Bauvorhabens nur in Verbindung mit den im Vordergrund stehenden Planungsproblemen gesehen werden, weil diese insbesondere von größeren Bauvorhaben infolge der Regelungen des BBauG verursacht werden; die Zahlungsverpflichtung spielt dabei eher eine untergeordnete Bedeutung.

Sieht man die getroffenen Absprachen jedoch als Einheit, so kommt man zu dem Schluß, daß es sich um eine überwiegend öffentlich-rechtliche Materie handelt, denn diese Vereinbarungen haben hauptsächliche Aufgaben der Bauleitplanung, des Bodenverkehrs oder des Anliegerrechts zum Inhalt. Vor allem aber ist Sinn und Zweck einer Folgelastenvereinbarung, entweder den Erlaß eines Verwaltungsaktes oder einer nach einem unter Umständen noch zu erlassenden Bebauungsplan zulässigen Bauerlaubnis herbeizuführen und auf seiten der Gemeinde bestehende, dem BBauG und anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspringende Bedenken bezüglich der Finanzierung der aus der Verwirklichung des geplanten Bauvorhabens entstehen-

den Folgekosten zu beseitigen, die einerseits der Erteilung einer Bauerlaubnis entgegenstehen und die andererseits wahrzunehmen die Gemeinde gemäß den §§ 1 Abs. 4, 5 und 9 Abs. 6 BBauG verpflichtet ist.

Den öffentlich-rechtlichen Charakter kann die Absprache auch dann nicht verlieren, wenn der Bauwerber zusätzlich eine ihn belastende privatrechtliche (finanzielle) Verpflichtung übernimmt; denn diese ist im Verhältnis zur Bedeutung der übrigen Vereinbarungen weniger wesentlich. Hinzu kommt, daß es für den privaten Bauherrn schwer verständlich sein wird, daß er Streitigkeiten, die die Folgelastenbeiträge betreffen, vor Zivilgerichten geltend machen muß, während andere Streitigkeiten aus demselben Vertrag, allerdings andere Punkte betreffend, vor Verwaltungsgerichten geltend zu machen sind. Diese prozessuale Unstimmigkeit ist ausgeräumt, sobald man von einem öffentlich-rechtlichen Gesamtvertrag ausgeht.

5. Ergebnis

Auf Grund dieser Überlegungen kann der Folgelastenvertrag nur als öffentlich-rechtlicher Vertrag anzusehen sein. In der Praxis bringt dies insofern eine Erleichterung mit sich, als Erschließungsverträge mit Folgelastenverträgen - obleich sie scharf voneinander getrennt werden müssen - ohne weiteres miteinander verbunden werden können. Der Rechtsweg ist zudem bei Streitigkeiten aus dem Vertrag der gleiche.

III. Zulässigkeit des Folgelastenvertrages

1. Problemstellung

Der Folgelastenvertrag ist jedoch nicht nur wegen seiner Rechtsnatur sehr umstritten. Vielfach wird insbesondere seine materielle Zulässigkeit angezweifelt[1)]. Manche Autoren befassen sich gar nicht

---

1) a) Für rechtmäßig halten Folgelastenverträge:

Abreß, S. 30 ff.; Bielenberg, DVBl. 67, S. 255; Bousak, BayBgm 69, S. 85; Degmair, KStZ 65, S. 169; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 127, 26 ff.; Finkler, NiedersGem. 64, S. 15 ff.; Brügelmann-Förster, § 123 III 2 g; Grunewald, S. 40; Hennings, NiedersGem. 64, S. 118; Hucko, KStZ 64, S. 176; Knobloch, S. 114 ff.; Knaup-Ingenstau, § 123, 5 und 6; Ludyga, BayBgm 66, S. 270; W. Merk, S. 906 ff.; Neumann-Duesberg, BlGBWR 67, S. 64; Rebhan, S. 316 ff.; Röskau, KStZ 69, S. 192; Schreiber, BayVBl. 73, S. 606, Fußn. 8; Schrödter, § 123, Rdn. 17 b; Suckow, KStZ 64, S. 153; Wach, DVBl. 67, S. 47;

b) Die Zulässigkeit von Folgelastenverträgen wird abgelehnt von:

Asam, BayVBl. 67, S. 186 (189 f.); v. Camphausen, DÖV 67, S. 662; Dombrowski, S. 79 ff.; Mang, BayVBl. 62, S. 253; Menger, VA 64 (1973), S. 203; Schatz, BayVBl. 67, S. 379; Tittel, DVBl. 67, S. 38; Hillermeier, BayBgm 70, S. 154;

c) Die Rechtsprechung ist uneinheitlich:

vgl. BGH vom 14. 7. 1966 in DVBl. 67, S. 36; BGH vom 21. 11. 1957 in BGHZ 26, S. 84; OLG München vom 31. 10. 1968 in BayVBl. 69, S. 183; vgl. LG München vom 1. 2. 1964 in BayVBl. 62, S. 250; LG Hannover vom 6. 3. 1962 in KStZ 64, S. 43; BVerwG vom 5. 10. 1965 in BVerwGE 22, S. 138; VG Hannover vom 23. 4. 1964 in KStZ 65, S. 19; OVG Lüneburg vom 23. 11. 1970 in DVBl. 72, S. 154.

erst mit dem Problem, sondern lehnen die Folgenlastenvereinbarung von vorneherein als materiellrechtlich unzulässig ab[1].

2. Stand der Auseinandersetzung

Bevor eine Stellungnahme erfolgt, soll der Meinungsstand wiedergegeben werden.

2.1 Zunächst ein Blick zur Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte.

2.11 Das Verwaltungsgericht Hannover hatte im Urteil vom 23. 4. 1964[2] ausgeführt, daß eine Vereinbarung über die Zahlung von Folgelastenbeiträgen nur dann als nichtig angesehen werden könne, wenn dabei gegen ein gesetzliches Verbot, derartige Beiträge zu erheben, oder gegen die guten Sitten verstoßen werde, also vor allem dann, wenn die Gemeinde ihre Machtstellung ausnütze. Teils sah es diese Ansicht durch den damals noch gültigen § 17 PrAnsiedlG bestätigt, teils klang der Gedanke in der Begründung an, daß der Bauinteressent freiwillig die Folgelasten übernommen habe, um einem unter Umständen langwierigen Verfahren nach § 17 PrAnsiedlG zu begegnen und auf diese Weise seinen Interessen entgegenzukommen. Im Verhalten der Gemeinde sah das Gericht auch kein Entziehen von gesetzlichen Pflichten oder eine Sittenwidrigkeit durch Ausnutzen einer Macht-

---

1) Asam, BayVBl. 67, S. 186 (188): Einer Auseinandersetzung hinsichtlich der Rechtsnatur bedürfe es nicht, da der Vertrag unzulässig sei; die Frage nach der Rechtsnatur habe lediglich wegen ihrer prozessualen Folgen Bedeutung.
2) KStZ 65, S. 19.

position; die Gemeinde habe von vorneherein dem Bauwerber klar gemacht, daß sie eine vorzeitige Bebauung des fraglichen Geländes insbesondere unter Berücksichtigung der damit für sie verbundenen Kosten nicht einzuleiten beabsichtige.

2.12 Das BVerwG[1)] bejaht Rechtsweg und Rechtsgültigkeit von Folgelastenverträgen. Es vertritt die Ansicht, daß diese grundsätzlich zulässig seien, sofern sie nicht gegen andere zwingende Rechtsnormen verstießen, da sie der Bindung an Gesetz und Recht unterlägen, Artikel 20 Abs. 3 GG.

Ergäben landesrechtliche Vorschriften, daß die Gemeinden die Folgekosten letztlich selbst zu tragen hätten oder daß sie sich jedenfalls nicht durch Abschluß von Verträgen mit den Bauträgern entlasten dürften, so sei den Folgelastenverträgen eine Grenze gesetzt, an der das Bundesrecht nichts ändere. Den §§ 1 ff., 30 ff. BBauG und insbesondere § 127 Abs. 4 BBauG sei zu entnehmen, daß der Bundesgesetzgeber seine Kompetenz im BBauG nicht voll in Anspruch genommen habe, sondern den Ausgleich der Folgekosten nur im Umfang der Erschließung im Sinne der §§ 127 ff. BBauG geregelt habe. Deshalb sei dem BBauG unmittelbar nichts über eine generelle inhaltliche Unzulässigkeit von Folgelastenverträgen zu entnehmen. Gleiches gelte für das StBauFördG, das einen anderen Bereich regele.

Das sog. Koppelungsverbot gelte nicht ausnahmslos. Ob sich eine Ausnahme rechtfertige, wenn erst die Gegenleistung es der Behörde ermögliche, die fragliche Entscheidung zu treffen, könne dahingestellt

---

1) BVerwG vom 6. 7. 1973 in DVBl. 73, S. 800.

bleiben. Folgelastenverträge unterlägen insofern einer Ausnahme, als es bei ihnen nicht um einen Leistungsaustausch in dem engen, gerade beim Kaufvertrag erfüllten Sinne der §§ 320 ff. BGB, sondern um eine Entlastung gehe, die mit dem Aufwendungsersatz nach § 670 BGB eine gewisse Verwandtschaft hätten.

Einen Verstoß gegen Artikel 3 GG liege nicht vor, da es sich bei Folgelastenverträgen um Sachverhalte handele, die sich von anderen so stark unterschieden, daß eine unterschiedliche Behandlung jedenfalls nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoße.

Das BVerwG schneidet dann die Frage an, ob Artikel 14 Abs. 1 GG verletzt sei und stellt ohne nähere Begründung fest, daß es bei den Folgelastenverträgen gerade darum gehe, "eine nicht gegebene Baufreiheit mit Hilfe des Abschlusses eines Folgelastenvertrages zu erreichen"[1], nicht aber darum, Baufreiheit von einer Ermessensentscheidung abhängig zu machen.

Es legt weiter dar, daß Folgelastenverträge unwirksam seien, die unter Ausnutzung einer Machtposition zustande gekommen seien. Gleiches gelte, wenn die Ursächlichkeit für den Abschluß des Vertrages nicht darin liege, daß die Folgeeinrichtungen mit dem zu zahlenden Beitrag finanziert würden, die das spezielle Bauvorhaben hervorgerufen habe. Diesem Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und den dadurch veranlaßten Folgeeinrichtungen und deren Kosten

---

1) BVerwG vom 6. 7. 1973 in DVBl. 73, S. 804.

werde nur genügt, wenn die vereinbarten Beträge durch den Vertrag in bestimmter Höhe bestimmten Folgemaßnahmen zugeordnet würden (sog. Gebot der Konkretisierung).

Eine letzte inhaltiche Schranke ergebe sich daraus, daß Folgelastenverträge - wie alle verwaltungsrechtlichen Verträge - nicht vom Verbot des Übermaßes freigestellt worden seien; die Höhe des vereinbarten Folgelastenbeitrages müsse bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise des Gesamtvorganges in einem angemessenen Verhältnis zum Wert des Vorhabens stehen.

2.2 Die meisten Zivilgerichte verneinten die Rechtsgültigkeit von Folgelastenvereinbarungen.

Bei der Entscheidung des LG München II vom 1. 2. 1962[1] handelte es sich um ein Grundstück inmitten eines Siedlungsgebietes, weswegen nach Ansicht des Gerichts kein sachgerechter Anlaß bestand, es nicht auszuweisen. Die Gemeinde habe sich illegitimerweise einer Einnahmequelle eröffnet und dadurch die einzelenen Grundstückseigentümer ungleich behandelt. Das LG Hannover[2] hält eine Folgelastenvereinbarung wegen eines Verstoßes gegen § 138 BGB, das OLG Celle[3] wegen eines Verstoßes gegen § 134 BGB für nichtig; das OLG sah durch den Folgelastenvertrag das Koppelungsverbot verletzt.

Der BGH hielt daran fest[4], daß eine Vereinbarung in der Regel nichtig sei, bei der sich eine öffent-

---

1) BayVBl. 62, S. 251.
2) KStZ 64, S. 43.
3) Die NiedersGem. 64, S. 116.
4) Urteil vom 14. 7. 1966 in DVBl. 67, S. 36.

liche Körperschaft die Wahrnehmung ihrer Pflichten bezahlen lasse, ohne durch eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung dazu berechtigt zu sein.

Den Satz, das Koppelungsgeschäfte schlechthin nur zulässig seien, wenn eine gesetzliche Grundlage für den Anspruch der Gemeinde auf eine Gegenleistung bestehe, erkennt der BGH in dieser allgemeinen Form jedoch nicht an. Einen grundlegenden Gedanken hatte er hierzu bereits in seiner Entscheidung vom 21. 11. 1957 angeführt[1], nämlich den des inneren Zusammenhangs von Erteilung der Ausnahmegenehmigung bzw. Erlaß eines Bebauungsplanes mit der wirtschaftlichen Gegenleistung oder Auflage. Oft würden in Baudispensverträgen innerlich miteinander zusammenhängende Dinge, die gesetzlich nicht ausdrücklich als zusammengehörig angesehen werden, in einer vernünftigen Weise miteinander verknüpft[2]. Ob im Einzelfall eine rechtsmißbräuchliche und deshalb unzulässige Koppelung zustande gekommen sei, müsse jedoch unter Berücksichtigung sämtlicher, ganz besonders der wirtschaftlichen Gesichtspunkte jedesmal erneut geprüft werden.

Der BGH hielt im konkreten Fall die Vereinbarung für zulässig; er argumentiert, daß die Gemeinde bei Wahrnehmung ihrer Aufgaben auch fiskalische

---

1) BGH vom 21. 11. 1957 in BGHZ 26, S. 84.
2) vgl. RG vom 26. 10. 1931 in RGZ 133, S. 361; RG vom 24. 10. 1931 in RGZ 134, S. 25 (28); Scheuner, Anm. zu Nr. 15 in JW 1932, S. 2290 mit weiteren Nachweisen; ders., in Verfassungsschutz des Eigentums, S. 113; Fachinger, DVBl. 1949, S. 118 und 145; Wiethaup, BB 51, S. 911; Thiel, DVBl. 54, S. 349 (353).

Belange, soweit sie sachlich vertretbar seien, habe berücksichtigen dürfen[1]. Der Bauwerber oder Unternehmer, der keinen Anspruch auf die Erteilung einer Genehmigung seines Vorhabens habe, auch nicht auf Grund einer gebundenen Erlaubnis, der an der Durchführung seines Projektes jedoch stark interessiert sei, könne die Bedenken der Gemeinde, die sich aus fiskalischen Erwägungen heraus ergeben hätten, durch freiwillige Zahlungen beseitigen. Gemeinde und Bauinteressent könnten deshalb in einem sachlich vertretbaren Rahmen einen Interessenausgleich suchen und sich nach den Regeln des "do ut des" arrangieren.

2.3 Das Spektrum der Meinungen in der Literatur ist sehr differenziert.

2.31 Vielfach wird der Folgelastenvertrag als unzulässig abgelehnt.

2.311 Bullinger[2] meint, die Behörde erzwinge eine außergesetzliche Leistung, falls sie - wie z. B. im Fall des Dispenses von der Garagenbaupflicht - für einen Hoheitsakt eine Gegenleistung "erhandelt" bzw. einen Verwaltungsakt "verkauft"; hier handele es sich nicht um einen freiwilligen Austausch von Leistungen. Mit Hilfe des "do ut des" würden die rechtsstaatlichen Schranken der Nebenbestimmungen beseitigt oder doch gefährdet. Denn letztlich entledige man sich der Frage, ob die

---

1) BGH vom 14. 7. 1956 in BGHZ 21, S. 319 (331).
2) aaO., S. 64 ff.

Behörde nach Gesetz und Recht solche Nebenbestimmungen beifügen dürfe und ob der einzelne sich den Nebenbestimmungen unterwerfen könne.

2.312 Asam[1] und Tittel[2] schließen sich dieser Haltung an. Sie erachten Folgelastenverträge für unzulässig, weil sie - gleich ob privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur - mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gemäß Artikel 20 Abs. 3 GG nicht vereinbar seien. Für den einzelnen Bürger belastend tätig zu werden, sei dem Hoheitsträger nur erlaubt, wenn ihm das Gesetz eine Grundlage dazu biete. Er könne sich dem nicht dadurch entziehen, daß er die Rechtsformen wechsele. Dem Gedanken des sinnvollen Interessenausgleichs gebühre kein Vorzug vor dem Grundsatz des Artikel 20 Abs. 3 GG.

Willigmann[3] sieht im dem Gesetzmäßigkeitsprinzip objektiv zwingendes Recht, in dessen Bereich eine freiwillige Unterwerfung bedeutungslos sei. Er hält das Argument der Einwilligung gleichfalls für irrelevant. Der Satz "volenti non fit iniuria" habe hier keine Bedeutung. Die Zustimmung könne deshalb auch nicht die fehlende Rechtsgrundlage ersetzen[4].

Auch v. Camphausen[5] hält Folgelastenverträge dort für unzulässig, wo die Gemeinde Zwecke verfolge, die sie mit Hoheitsmaßnahmen nicht durchsetzen könne.

---

1) BayVBl. 67, S. 189.
2) DVBl. 67, S. 38.
3) DVBl. 63, S. 232; Willigmann kommt dennoch zu einem positiven Ergebnis: Der Folgelastenvertrag sei rechtsgültig, weil mit ihm erst die tatbestandmäßigen Voraussetzungen für ein hoheitliches Handeln geschaffen werden.
4) so auch Dombrowski, S. 74; Stein, AöR 86, S. 324, 330.
5) DÖV 67, S. 662 ff.

2.313 Nach anderen Meinungen stellt der Folgelastenvertrag einen Vertrag über die Aufstellung bzw. Änderung eines Bebauungsplanes dar. Die Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplanes sei jedoch formell und materiell Rechtsetzung; ein Vertrag über die Handhabung gemeindlicher Gesetzgebungshoheit aber sei grundsätzlich nichtig[1].

2.32 Auf der anderen Seite wird den genannten Bedenken nicht immer gefolgt.

2.321 Im Hinblick auf § 134 BGB nimmt in der Literatur nur Suckow[2] Stellung, und das auch nur im Zusammenhang mit der Frage nach der Fortgeltung des PrAnsiedlG von 1904. Da dieses Gesetz keine ausdrückliche Verbotsnorm enthalte, seien gegen Vereinbarungen über Ansiedlungsleistungen keine rechtlichen Bedenken zu erheben. Ein Verstoß gegen § 134 BGB könne nur angenommen werden, wenn ein Gesetz den beabsichtigten oder eingetretenen Erfolg mißbillige.

2.322 Die Problematik des § 138 BGB im Zusammenhang mit einer Folgelastenvereinbarung wurde im Schrifttum nicht erörtert.

2.323 Größeres Gewicht wurde der Erörterung der Frage beigemessen, ob der Folgelastenvertrag einen Verstoß gegen das Kopplungsverbot darstelle.

---

1) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 127, 29; Tittel, DVBl. 67, S. 38.
2) KStZ 64, S. 153.

Hierzu wird zunächst die Feststellung getroffen, daß die Aufstellung eines Bebauungsplanes bzw. die Erteilung einer Bauerlaubnis unterbleiben müsse, falls der Aufwand für Folgeeinrichtungen ungedeckt sei[1]. Wenn dann der Bauinteressent sich zur Beseitigung dieses Hindernisses bereiterkläre, zumindest einen Teil der Folgekosten zu tragen, dränge der Vertrag sich geradezu auf. Daß darin eine unzulässige Koppelung hoheitlicher Handlung mit wirtschaftlicher Gegenleistung zu sehen sei, wird verneint. Dabei setzt man voraus, daß die Gegenleistungen kopplungsfähig sind. Kopplungsfähig seien nur Gegenleistungen, die mit der betreffenden Hoheitsmaßnahme in einem unmittelbaren inneren und sachgerechten Zusammenhang stünden[2]. Denn grundsätzlich sei es unzulässig, amtliche Obliegenheiten von Gegenleistungen ohne gesetzliche Grundlage abhängig zu machen.

Hinzu kommt, daß im Schrifttum die Ansicht vertreten wird, daß die freiwillige Einverständniserklärung den hoheitlichen Akt rechtmäßig erscheinen lasse, zumal er sich nicht zum Nachteil des sich Unterwerfenden auswirke[3].

Unzulässig seien jedoch Folgelastenverträge, die durch Nötigung zustande gekommen seien.

---

1) Cholewa, Tz 38.
2) Willigmann, DVBl. 63, S. 229 (232); Forsthoff, Lehrbuch, S. 279.
3) vgl. Fellner, ZMR 57, S. 186.

2.324 Anzuführen ist auch die Ansicht, daß nicht jede Disposition der öffentlichen Hand einer Ermächtigungsgrundlage bedürfe.

Artikel 20 Abs. 3 GG verlange nicht grundsätzlich für jede Willensentschließung eine Ermächtigungsgrundlage. Die Dispositionsfreiheit sei aber eingeschränkt, wenn gesetzliche Bestimmungen entgegenstünden[1] oder wenn durch die Aufhebung einer speziellen Norm durch den Gesetzgeber zum Ausdruck gekommen sei, daß von ihr kein Gebrauch mehr gemacht werden soll[2].

Im Baurecht und vor allem im BBauG fehle zwar diesbezüglich eine Verbotsnorm. Da aber die Gemeinde verpflichtet sei, ihrer Planungshoheit unter Abwägung aller öffentlicher und privater Interessen gerecht zu werden, sei es legitim, wenn sie eine Gegenleistung verlange, die diejenigen Umstände beseitigten, die sonst zur fehlerfreien Ablehnung des Anliegens des Bauwerbers führen würden[3].

v. Mutius[4] zeigt diesbezüglich jedoch Bedenken. Er vertritt die Auffassung, daß ein Indiz dafür, daß das Kommunalabgaberecht der Länder eine abschließende, auch die vertragliche Abwälzung der Kosten verdrängende Regelung sei, die ausdrückliche Abschaffung der Ansiedlungsleistungen gemäß

---

1) Heitzer-Oesterreicher, § 123 III C 2 b; Wolff, § 44 II c 3; Forsthoff, Lehrbuch, S. 278 f.
2) Bielenberg, DVBl. 67, S. 260.
3) Wolff, § 44 II c 3; Heitzer-Oesterreicher, vor § 123 III C 2 b; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 127, S. 29; Bielenberg, DVBl. 67, S. 259, insbesondere S. 260.
4) VA 1974, S. 210.

§ 17 PrAnsiedlG durch § 108 BauONW[1] bzw. der einzelnen Gesetze in den betreffenden Ländern sein könnte, zumal wenn der Gesetzgeber - wie in Nordrhein-Westfalen - im Gegensatz zu Schleswig-Holstein offenbar bewußt keine den § 17 PrAnsiedlG ablösende Vorschrift in das neue KAG[2] aufgenommen habe.

2.325 Für rechtswidrig würde Bielenberg[3] es erachten, wenn die Gemeinde bei Neuerschließungen generell "Kulturbeiträge" erheben würde. Dies käme einer verdeckten Abgabe oder Steuer gleich.

3. Stellungnahme unter Bezug auf Artikel 20 Abs. 3 GG

Die Lösung des Problems, ob der Folgelastenvertrag materiell-rechtlich zulässig ist, muß durch Beantwortung der in der Literatur und Rechtsprechung aufgeworfenen Frage und unter Herbeiziehung des BBauG sowie des Grundgesetzes erfolgen.

Ausgangspunkt bildet die Überlegung, daß sämtliches Handeln der vollziehenden Gewalt oder Gerichtsbarkeit, aber auch der Verwaltung gesetzmäßig sein muß, d. h. entweder auf die Verfassung selbst oder auf ein Gesetz im formellen Sinn zurückzuführen sein muß (sog. Vorbehalt des Gesetzes) und daß weiter alles hoheitliche Handeln gegen keine anderen Gesetze oder Rechtsnormen verstößt (sog. Vorrang des Gesetzes)[4].

---

1) vom 15. 2. 1961 in GVBl., S. 373 i. d. F. vom 27. 1. 1970 GVBl., S. 96.
2) KAG NW vom 21. 10. 1969 (GVOBl., S. 712 ff.) i. d. F. des Gesetzes zur Änderung des KAG vom 16. 6. 1970 (GVOBl., S. 437).
3) DVBl. 67, S. 260.
4) Maunz-Dürig, Art. 20, Rdn. 124 ff.; Wolff, § 30 II und III 3, § 138 III; Giacometti, S. 15 ff., 20, 33, 35; Stein, AöR 86, S. 324.

Diese beiden Prinzipien sind in Artikel 20 Abs. 3 GG verankert, der den sog. Gesetzmäßigkeitsgrundsatz normiert.

Es soll hier dahingestellt bleiben, wie die Begriffe Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes zu unterscheiden sind[1]; denn da bereits die Zulässigkeit des Folgelastenvertrages geklärt ist[2], kommt es hier nur auf die Frage an, ob der Folgelastenvertrag nicht gegen andere Gesetze oder Rechtsnormen verstößt. Von Bedeutung ist also lediglich noch der Vorrang des Gesetzes.

3.1 Bei einer dahingehenden Untersuchung können zwei der schon in der Darstellung des Meinungsstandes genannten Gesichtspunkte vorweg ohne große Bedenken ausscheiden, nämlich die aus § 17 PrAnsiedlG sowie die Frage nach dem Vertrag über die Handhabung gemeindlicher Gesetzgebungshoheit, bzw. - was diesem gleichkommt - die Frage nach der Verbindlichkeit der Verpflichtung der Gemeindeverwaltung, einen bestimmten Bebauungsplan dem Rat zur Entscheidung vorzulegen, falls die Folgelastenvereinbarung abgeschlossen wird, um die Ausweisung eines Baugebietes zu erreichen.

§ 17 PrAnsiedlG nämlich ist - wie bereits erwähnt wurde - seit einiger Zeit in allen Bundesländern außer Kraft gesetzt worden[3].

---

1) Jellinek, S. 88 ff.; H. Peters, S. 71; Nebiger, S. 821 ff.; Wolff, § 30, III; Maunz-Dürig, Art. 20, Rdn. 127; Jesch, S. 29 ff.
2) vgl. Maunz-Dürig, Art. 20, Rdn. 138.
3) Brügelmann-Förster, § 186, Anm. 3 a.

3.2 Zum zweiten Fragenkreis ist dagegen zu bemerken, daß die Bedenken grundsätzlich richtig sind. In der Tat sind Verpflichtungen eines rechtsetzenden Organs zur Handhabung der Gesetzgebungshoheit in einem bestimmten Sinne regelmäßig nichtig. Das gleiche gilt von der Verpflichtung der Verwaltung, dem Gemeinderat eine bestimmte Vorlage zu machen. Damit würde nämlich die Verwaltung sich selbst ihrer Aufgabe begeben, die sie in eigener Verantwortung im organisationsrechtlichen Gesamtgefüge der Gemeinde wahrzunehmen hat. Überdies würde sie der Entscheidung des Rates vorgreifen und somit der Bürgerschaft bzw. dem Rat die Möglichkeit nehmen, über das für das Gesamtwohl am ehesten geeignete Vorhaben selbst zu entscheiden.

Dem widerspricht es aber nicht, daß sich die Gemeinde in einem Folgelastenvertrag bindend verpflichtet, für den Unternehmer in einem bestimmten Sinne tätig zu werden. Denn - wie das BVerwG zu Recht entschieden hat[1] - die dem Planverfahren vorgeschalteten Besprechungen, Abstimmungen, Verträge etc. können gerade unerläßlich sein, um eine angemessene und effektive Realisierung der Planung zu gewährleisten[2]. Entscheidend für die Gesetzmäßigkeit der diesen Absprachen folgenden Planung ist allein, daß die Vorwegnahme der Entscheidung sachlich gerechtfertigt ist, die planerische Zuständigkeit gewahrt bleibt und die

---

1) BVerwG vom 5. 7. 1974 in DVBl. 74, 767 (770 ff.).
2) so ausdrücklich für den Folgelastenvertrag BVerwG vom 6. 7. 1973 - Buchholz, 406, 11 § 1 BBauG Nr. 7, S. 21 (29).

vorgezogene Entscheidung inhaltlich nicht zu beanstanden ist.

Deshalb bindet im wesentlichen § 2 Abs. 1 BBauG Gemeindeverwaltung und -rat in gemäßigtem Umfang beim Erlaß eines Bebauungsplanes durch die Verpflichtung, die zeitliche und sachliche Erforderlichkeit bei der Aufstellung eines Bebauungsplanes zu berücksichtigen; eine einseitige vertragliche Bindung zur Handhabung der Gesetzgebungshoheit dagegen ist undenkbar[1], wenn sie zu einem "Abwägungsdefizit"[2] führt. Dies würde dem Abwägungsverbot des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG widersprechen.

Die Parteien könnten allerdings vereinbaren, daß der Folgelastenvertrag nur unter der ausdrücklichen Bedingung wirksam wird, daß ein bestimmter Bebauungsplan erlassen wird. Damit wird die Wirksamkeit der Folgelastenvereinbarung von der Wirksamkeit des dem Bauunternehmer geforderten Bebauungsplanes abhängig. Dann betrifft in Wirklichkeit der Folgelastenvertrag die gemeindliche Verpflichtung zur Handhabung der Gesetzgebung in einem bestimmten Sinne nicht; vielmehr ist sein Inhalt schon von dem Parteienwillen her an den Gesetzgebungsakt geknüpft und regelt die für die Parteien daraus resultierenden Folgen. In ihrer Gesetzgebungsbefugnis selbst bleibt die Gemeinde frei. Dies wird aber meist nicht

---

1) vgl. Oestreicher, S. 21; Mang-Simon, Art. 86, Rdn. 19; BVerwG vom 6. 7. 1973 in DVBl. 73, S. 800.
2) BVerwG vom 5. 7. 1974 in DVBl. 74, S. 771.

gewollt sein, da der Unternehmer seinerseits schon mit dem Vertragsabschluß eine gewisse Bindung hinsichtlich der Aktivitäten der Gemeindeverwaltung erreichen will, wie oben angedeutet wurde.

3.3 Inhaltliche Zulässigkeitsschranken ergeben sich auch nicht aus dem Baurecht im weiteren Sinne, worunter das Baurecht als Ordnungsrecht zu fassen ist. Dies kennt wegen seines zwingenden ordnungsrechtlichen Charakters als Handlungsform nur den Hoheitsakt[1]. Weil aber die moderne Handlungsform der Verwaltung den Vertrag als Handlungsinstrument neben dem Verwaltungsakt benötigt und dieser - wie dargelegt - als solcher nicht ungesetzlich ist, wird heute allgemein anerkannt, daß das Baurecht im weiteren Sinne trotz seines ordnungsrechtlichen Charakters die Handlungsform von Verträgen zuläßt[2].

Das Bauordnungsrecht, das zugleich auch Bausicherheitsrecht und deswegen zwingender Natur ist, kann Folgelastenverträgen überdies nicht entgegenstehen, weil die Sachproblematik in den beiden Gebieten völlig verschieden ist[3]. Hier handelt es sich um die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, den Schutz von Leben und Gesundheit, dort um die Entwicklung der Gemeinde zum allgemeinen Wohl der Bürger in sozialer, kultureller und wirtschaftlicher Hinsicht durch bauliche Maßnahmen.

---

1) Knobloch, S. 144 ff.; Scheerbarth, S. 62.
2) OVG Münster vom 21. 6. 1960 in OVGE 16, S. 12 (14, 15); Scheerbarth, § 62; Bachof, JZ 62, S. 352 f.; Forsthoff, Lehrbuch, S. 273 ff.
3) Knobloch, S. 149.

Auch aus den §§ 2 Abs. 1 und 10 BBauG ergeben sich keine inhaltlichen Zulässigkeitsschranken. Diese Vorschriften lassen der Gemeinde die Freiheit, die optimalste unter einer Mehrzahl von Planalternativen auszuwählen, ohne allerdings etwas über die Zulässigkeit von Folgelastenverträgen auszusagen. Die §§ 1 ff. BBauG haben vor allem das Wohl der Bürger und die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit im Sinn[1].

Über die Zulässigkeit von Folgelastenverträgen wird damit jedoch nichts ausgesagt.

4. Bedeutung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinde gemäß Artikel 28 Abs. 2 GG beim Abschluß von Folgelastenverträgen

Ein Problemkreis, der kaum Beachtung gefunden hat, an den aber gedacht werden muß, eröffnet sich im Zusammenhang mit der Frage, ob die Gemeinde nicht bei größeren Bauvorhaben auf das ihr durch Artikel 28 Abs. 2 GG gewährleistete Selbstverwaltungsrecht verzichtet, indem sie sich verpflichtet, für einen Wohnungsbauträger bestimmte Bebauungspläne durchzusetzen.

Daß die Planungshoheit der Gemeinde durch Artikel 28 Abs. 2 GG geschützt ist, ergibt sich schon aus den §§ 1 ff. BBauG, insbesondere aus § 2 Abs. 1 BBauG[2]; denn es handelt sich um örtliche Angelegenheiten. Gerade bei der Bauleitplanung zeigt

---

1) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 1, 50.
2) BVerwG vom 19. 11. 1965 in BVerwGE 22, S. 342; Hamann-Lenz, Art. 28 B 6 b.

sich in der Realität elementar das schöpferische Moment, das jeder Gemeinde ihren besonderen Charakter gibt[1]. Im Gesetz hat dieser Grundgedanke durch § 2 Abs. 1 BBauG ausdrücklich Niederschlag gefunden, wobei dadurch, daß die Aufstellung der Bauleitpläne "in eigener Verantwortung" erfolgen soll, schon der Wortlaut an Artikel 28 Abs. 2 S. 1 GG anknüpft. Der so bestimmten Eigenverantwortlichkeit und der damit verbundenen Zugehörigkeit der Planungshoheit zum gemeindlichen Selbstverwaltungsbereich steht es nicht entgegen, daß fachliche Weisungen staatlicher Stellen und Bindung an die übergeordnete Planung bestehen[2].

4.1 Eine genaue Betrachtung aber zeigt, daß die Fragestellung falsch ist. Zum einen bietet Artikel 28 Abs. 2 GG nur einen institutionellen, keinen individuellen Schutz der kommunalen Selbstverwaltung[3]. Das heißt, daß nur die Gemeinde als solche, nicht aber die speziell betroffene Gemeinde in ihrem Bestand geschützt ist; schon deswegen kann aus Artikel 28 Abs. 2 GG keine Antwort auf die gestellte Frage gefunden werden.

4.2 Zum anderen ist Artikel 28 Abs. 2 GG nicht als Schutznorm für die Gemeinde vor sich selbst zu sehen, sondern die Vorschrift soll die Gemeinde vor Eingriffen des Bundes oder des Landes in ihre Selbstverwaltungsrechte (im institutionellen Sinn) schützen; die Schutzrichtung der

---

1) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 1, 2; Schrödter, DVBl. 73, S. 773.
2) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 2, 2 f.; zum Umfang der Einschränkung der Bauleitplanung durch überregionale Planung ebenda, § 2, Rdn. 3.
3) Mangoldt-Klein, S. 706; Hamann-Lenz, Art. 28 B 5; Scheuner, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4, S. 100 f.; OVG Lüneburg vom 14. 2. 1956 in OVGE 10, S. 440 (446); Bonner Kommentar, Art. 28, Rdn. 78.

Vorschrift tendiert also in die entgegengesetzte Richtung[1].

4.3 Zum dritten erscheint ein Verzicht auf das Recht der Selbstverwaltung aus Artikel 28 Abs. 2 GG rechtlich nicht möglich, da dem Recht auf Selbstverwaltung eine Pflicht zur Selbstverwaltung gegenübersteht, die die Kommune ausüben darf und muß[2], wie es § 1 Abs. 1 BBauG ausdrücklich normiert[3].

Unter Verzicht wird im öffentlichen Recht eine rechtsgeschäftliche Verfügung verstanden, durch die eine unmittelbare Veränderung einer Rechtslage dahingehend eintritt, daß bestimmte Rechte oder Rechtspositionen ganz oder teilweise erlöschen. Der Verzicht ist also eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die auf eine Aufgabe eines Rechtes gerichtet ist[4].

4.31 Inwieweit auf ein Grundrecht überhaupt verzichtet werden kann, ist umstritten.

Zur Rechtswirksamkeit des Verzichtes ist nämlich nicht nur die freiwillige Aufgabe erforderlich, sondern auch die Verzichtbarkeit des Grundrechtes selbst.

In der Literatur[5] und Rechtsprechung[6] unterscheidet man dabei zwischen dem Verzicht auf das Grundrecht der Substanz nach, mit der Folge, daß

---

1) vgl. Gönnewein, S. 31 f.
2) Hamann-Lenz, Art. 28 B 5 d; zum Verzicht von Zivilpersonen im Verwaltungsrecht vgl. Brügelmann.
3) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 2, 11 ff.
4) vgl. Wolff I, § 43 IV; Middel, S. 31 f.
5) Maunz, Staatsrecht, § 17 IV; Wilhelm, BayVBl. 63, S. 368.
6) BayVerfGH vom 7. 11. 1960 in DÖV 60, S. 950; OLG Frankfurt vom 12. 11. 1963 in NJW 63, S. 112.

das Grundrecht erlischt, und dem Verzicht der Ausübung nach, mit der Folge, daß das Grundrecht weiterhin dem Grundrechtsträger erhalten bleibt, er aber von der Ausübung keinen Gebrauch macht; hinzu kommt die bloße Nichtausübung eines Grundrechtes, die eigentlich gar keinen Fall des Verzichtes darstellt.

Die Zulässigkeit eines völligen Verzichtes auf ein Grundrecht wird von der herrschenden Meinung verneint[1]. Begründet wird diese Ansicht damit, daß im Hinblick auf Artikel 1 Abs. 1 und Artikel 2 GG die Menschenrechte unantastbar seien; denn dem Grundrechtsträger sei insoweit eine Dispositionsbefugnis entzogen.

Soweit Bürgerrechte vom Verzicht betroffen werden oder - wie hier - das Recht auf Selbstverwaltung in Frage steht, fehlen im Grundgesetz Aussagen zur Verzichtbarkeit. Ob der Verzicht auf ein Grundrecht der Substanz nach zulässig ist, erscheint problematisch. Grundlegend ist für die Beantwortung des Problems folgendes festzuhalten:
Im Gefüge des Grundgesetzes steht jeder Grundrechtsträger nicht isoliert als Individuum, sondern er hat innerhalb der Gemeinschaft neben Rechten auch (soziale) Pflichten, die an die im Grundrechtskatalog erwähnten Gemeinschaftswerte gebunden und an ihnen zu messen sind. Die Grundrechtsordnung geht also von einer gemeinschaftsgebundenen und -bezogenen Persönlichkeit aus[2].

---

1) vgl. BVerwG vom 26. 6. 1957 in BVerwGE 5, S. 128 (134); Maunz, Staatsrecht, § 17 IV.
2) BVerfG vom 20. 4. 1954 in BVerfGE 4, S. 7, 15; BVerfG vom 10. 3. 1968 in BVerfGE 7, S. 320, 323; BVerfG vom 15. 4. 1970 in BVerfGE 28, S. 175, 189.

Zu einer dieser Persönlichkeiten gehört auch die in Artikel 28 Abs. 2 GG erwähnte Gemeinde, die im Staatsgefüge Aufgaben der Gemeinschaft wahrzunehmen hat, welche der einzelne Grundrechtsträger, also der innerhalb der Gemeinde wohnende Einwohner oder Bürger, allein wahrzunehmen nicht in der Lage ist.

Würde der Abschluß eines Folgelastenvertrages also einen - teil eisen - Verzicht der Gemeinde auf das ihr zugewiesene Grundrecht der Selbstverwaltung der Substanz nach bedeuten, dürfte ein solcher Vertrag unzulässig sein. Es ist deshalb zunächst zu klären, worauf sich überhaupt der Verzicht durch Abschluß eines Folgelastenvertrages bezieht.

Auf den ersten Blick erscheint es, als entziehe sich die Gemeinde der Verpflichtung zur eigenständigen Aufstellung eines Bebauungsplanes, indem sie es der Bestimmung des Bauträgers überläßt, die wesentlichen Züge des Planes festzulegen, und selbst lediglich nur noch die formelle Aufstellung des Bebauungsplanes ohne materiellrechtliche Prüfung vornimmt.

Sie würde sich damit der ihr durch § 2 Abs. 1 und § 1 Abs. 1 BBauG zugewiesenen Planungshoheit begeben, welche zugleich als Planungspflicht eine wesentliche und charakteristische Selbstverwaltungsaufgabe darstellt. Denn die Bauleitplanung als Kernstück des BBauG[1] ist unabdingbare Vor-

---

1) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 2, 11.

aussetzung für die Anwendung einer Reihe wichtiger Vorschriften des Bau- und Bodenrechtes, z. B. des Vorkaufrechtes (§§ 24 ff. BBauG), der Umlegung (§ 45 BBauG), der Enteignung (§ 85 BBauG) sowie der Erschließung (§ 125 BBauG); sie ist maßgeblich für die Beurteilung der Zulässigkeit von Bauvorhaben, §§ 29 ff. BBauG. Darüberhinaus ist sie für städtebauliche Umgestaltungen Gestaltungsmittel; die Bauleitplanung stellt insbesondere in der Form des Flächennutzungsplanes außerdem die Verbindung zur Raumordnung her.

Aus der Stellung der Pflicht zur Selbstverwaltung im Rahmen des Grundgesetzes ergibt sich, daß sich die Gemeinde dieser ihr durch Artikel 28 GG übertragenen Verpflichtung nicht entziehen kann und in der Regel auch nicht will; die Planungshoheit verbleibt bei ihr. Eine Übertragung ist nur im Rahmen eines Planungsverbandes (§§ 4, 147 BBauG) zulässig[1)].

4.32 Wenn schon ein Verzicht der Substanz nach bezüglich der Planungshoheit weder möglich ist noch wegen ihrer Bedeutung gewollt sein wird, so kann jedoch ein Verzicht auf die Ausübung denkbar sein. Ein derartiger Verzicht wäre rechtlich zulässig. Zwar besteht keine Dispositionsbefugnis; es ist aber nicht die Möglichkeit zu verneinen, daß ein Grundrechtsträger von dem ihm zustehenden Grundrecht keinen Gebrauch macht, auch wenn dies erwünscht wäre.

---

1) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 2, 9.

Es scheint aber bedenklich zu behaupten, die Gemeinde wolle ihr Recht auf Planung überhaupt nicht ausüben, wenn sie einen Folgelastenvertrag abschließt.

Aus der oben angestellten Überlegung heraus, daß die Planungshoheit der Gemeinde im Rahmen der Selbstverwaltungsaufgaben eine bedeutende Stellung einnimmt, darf wohl auch geschlossen werden, daß die Gemeinde auf die Wahrnehmung dieses eminenten Rechtes gar nicht verzichten will. Aus dem Umstand allein, daß eine Gemeinde sich für die etwaige Aufstellung bzw. Änderung eines Bebauungsplanes bzw. für den Fall der Baugenehmigung einen Folgelastenbeitrag versprechen läßt, kann ein Verzichtswille auf das Grundrecht der Selbstverwaltung der Ausübung nach nicht hergeleitet werden. Zwar mag dadurch, daß de facto der Bauträger sehr großen Einfluß auf die Ausgestaltung der Bebauungspläne bzw. deren Änderung nimmt und in den meisten Fällen wohl die konkrete Planung selbst durchführt oder der Gemeinde vorschlägt, die freie, in das sachgemäße Ermessen der Gemeinde gestellte Entscheidung über die Ausübung des Grundrechtes selbst in manchen Fällen beeinträchtigt werden. Verantwortlich für die Bauleitplanung bleibt aber letztlich immer die Gemeinde als alleiniger Träger der Planungshoheit. Ihr vertragliches Entgegenkommen stellt gegenüber dem Bauträger die Wahrnehmung einer Selbstverwaltungsaufgabe, nämlich des Planungsrechtes aus den

Artikeln 28 Abs. 2 GG, §§ 1 ff. BBauG gegenüber den einzelnen Gemeindemitgliedern dar. Zugleich dient sie durch die Ermöglichung eines Bauvorhabens den sozialstaatlichen Forderungen und dem Wohl der Allgemeinheit. Denn die Erstellung von Bauleitplänen sind vorsorgende Projezierungen der gesellschaftlichen Hauptlebensfunktionen ins Räumliche, sie sollen Lebensbedingungen sichern und den neuzeitlichen Ansprüchen genügen[1]. Ob die Gemeinde diesen Aufgaben gerecht wird, ist eine andere Frage.

4.4 Da der Gemeinde zugleich positiv zu unterstellen ist, daß sie diese Aufgaben in jedem Fall wahrnehmen will, kann ein Verzicht auf die Ausübung des Selbstverwaltungsrechtes in Zusammenhang mit dem Abschluß von Folgelastenverträgen gleichfalls nicht angenommen werden.

Dem entspricht auch die oben dargelegte Auffassung, daß die Gemeinde bei Abschluß eines Folgelastenvertrages sich nicht zur Handhabung der Gesetzgebung in einem bestimmten Sinne oder zur Vorlage eines bestimmten Bauplanes durch die Verwaltung an den Rat zur Beschlußfassung verpflichten will, sondern daß sie den Folgelastenvertrag nur unter der Bedingung rechtswirksam zustande kommen lassen will, daß ein von den Parteien des Vertrages vorausgesetzter Bebauungsplan durch den Rat beschlossen wird.

---

1) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 2, 13 zur sozialstaatlichen Tendenz in der Rechtsprechung; vgl. auch Werner, AöR 81, S. 84.

Ein Verstoß gegen Artikel 28 Abs. 2 GG läßt sich daher in der Folgelastenabrede nicht erkennen.

5. Einfluß des Artikel 3 GG auf die materielle Zulässigkeit des Folgelastenvertrages

Als mit der wichtigste Ausfluß des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist der Grundsatz der rechtlichen Gleichbehandlungspflicht gemäß Artikel 3 Abs. 1 GG zu nennen.

5.1 Der Gleichheitsgrundsatz beinhaltet das Gebot, Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln und die Gesetze ohne Ansehung der Person gleich anzuwenden[1]. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes liegt nach der Rechtsprechung des BVerfG vor, wenn ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, wenn also ein Verhalten als willkürlich bezeichnet werden muß[2].

5.2 Auf den Folgelastenvertrag angewandt[3] bedeutet das, daß eine Verletzung des Artikel 3 GG und damit des Gesetzmäßigkeitsprinzips vorliegt, wenn

---

1) Rinck, JZ 63, S. 521; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 3, 13; Mangoldt-Klein, Art. 3 III 1, S. 198.
2) BVerfG vom 5. 4. 1952 in BVerfGE 1, 208, S. 247; BVerfG vom 16. 3. 1955 in BVerfGE 4, S. 144, 155; BVerfG vom 14. 11. 1962 in BVerfGE 15, S. 126, 150; BVerfG vom 14. 3. 1963 in BVerfGE 15, S. 313, 320; BVerfG vom 20. 4. 1966 in BVerfGE 20, 31, 33; BVerfG vom 14. 12. 1966 in BVerfGE 21, S. 6, 9; Apelt, AöR 84, S. 270; Bisek, S. 53, Salzwedel, S. 125 ff.; Scheerbarth, S. 135; Maunz-Dürig, Art. 3 I, Rdn. 414 ff.
3) Hillermeier, BayBgm 70, S. 154 f.

die Fälle, in denen die Gemeinde einen Folgelastenvertrag abschließt, mit denjenigen vergleichbar sind, bei welchen kein Folgelastenvertrag vereinbart wird.

Dabei geht es nicht so sehr um die Frage nach einer willkürlichen Behandlung eines Bauwerbers durch die Gemeinde[1]. Der Gleichheitsgrundsatz gewinnt vielmehr eine entscheidende Bedeutung bei der Frage nach dem Umfang des der Gemeinde zustehenden Ermessensspielraums[2]. Denn bei der Entscheidung, ob und wie die Gemeinde ein Bauprojekt durchführen kann, sowie bei der Auswahl der verschiedenen Vorteile für die Gemeinde und dem Unternehmer besteht ein erheblicher Ermessensspielraum. Eine Gemeinde könnte daher unter Vernachlässigung ihrer im Rahmen des Planungsermessens obliegenden Vorstellungen eigene wesentliche Interessen hintenanstellen und wegen des Versprechens eines besonders hohen Folgelastenbeitrages einen bestimmten Bauwerber bevorzugen, obgleich dieser der Allgemeinheit mit seinem Vorhaben weniger dient als seine Konkurrenten. Wie die Gemeinde ihr Planungsermessen ausübt, entscheidet daher, ob ein Verstoß gegen Artikel 3 Abs. 1 GG vorliegt oder nicht.

5.3 Zunächst ist es erforderlich, die Kriterien einer Ermessensentscheidung im Planungsbereich zu umreißen.

---

1) hierzu ausführlich Maunz-Dürig, Art. 3 I, Rdn. 421.
2) Salzwedel, S. 116 ff.

Der Begriff des sog. Planungsermessens hat sich im Laufe der Zeit eingebürgert; in ihm sind viele Elemente enthalten, die auch echtem Verwaltungsermessen zuzurechnen sind[1]. Das Planungsermessen ist der Raum der Entscheidungsfreiheit, die die Gemeinde gemäß den §§ 1 ff. BBauG bei der Aufstellung von Bauplänen hat. Man unterscheidet - wie sonst auch - zwischen Handlungsermessen und unbestimmten Rechtsbegriff. Der Meinungsstand zu diesen Begriffen soll nur angerissen werden[2]. Zugrundezulegen ist dem Folgenden, daß nach der Rechtsprechung sowohl das Handlungsermessen als auch unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand einer Norm zulässig sind, wenn beide nach Ziel und Zweck genügend umrissen und demzufolge in bestimmtem Umfang auch nachprüfbar sind.

Unbestimmte Rechtsbegriffe sind auslegungsfähige Begriffe; die Ermittlung ihres Sinngehaltes ist eine Rechtsfrage, die von der Behörde oder dem prüfenden Gericht in eigener Verantwortung zu beantworten ist.

Werden unbestimmte Rechtsbetriffe verwendet, so ist umstritten, in welchem Umfang der Verwaltung ein Beurteilungsspielraum eingeräumt und damit einer vollen gerichtlichen Kontrolle entzogen werden soll[3].

---

1) Fickert, BauR 71, S. 1 ff.
2) vgl. Kellner, DÖV 69, S. 309; Rupp, NJW 69, S. 1273; Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum, S. 7 ff.; ders., VA 60, (1969) S. 261; Ossenbühl, DÖV 68, S. 618 und DÖV 70, S. 84 ff.; weitere Nachweise bei Wolff I, § 31; H.-J. Müller, DÖV 69, S. 119; Müller-Tochtermann, NJW 62, S. 1238.
3) Ule, S. 309; Bachof, JZ 55, S. 97, 98; Jesch, AöR 82, S. 163 ff.; Ehmke, aaO.

Grundsätzlich ist die Rechtsprechung der Ansicht, daß eine uneingeschränkte Nachprüfung zulässig und sogar geboten ist, um den ausdrücklich gewährleisteten Rechtsschutz nicht zu verkürzen[1]. Die Rechtsprechung hat jedoch einen gewissen Beurteilungsspielraum[2] anerkannt, wenn es sich um eine Beurteilung der Eignung von Personen für ein bestimmtes Amt oder eine bestimmte Tätigkeit aufgrund persönlichen Eindrucks handelt, z. B. bei Prüfungsentscheidungen; die Rechtsprechung hat die Kontrolle solcher Entscheidungen darauf beschränkt, ob die Verwaltung von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe außer acht gelassen hat oder sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen[3]. Gleiches gilt auch für Fachurteile[4].

Ein Beurteilungsspielraum ist aber auch anerkannt, wenn die Bestimmung eines unbestimmten Rechtsbegriffes von einer Zweckmäßigkeitsentscheidung, von Planungen oder Zukunftserwartungen der entscheidenden Verwaltungsbehörde abhängt[5].

Beim Ermessensbegriff stellt das Gericht die Tatbestandsvoraussetzungen fest, überläßt aber die Entscheidung über die Rechtsfolge der Behörde[6].

---

1) BVerwG vom 28. 5. 1965 in DÖV 65, S. 663; BVerfG vom 5. 2. 1963 in BVerfGE 15, S. 275, 282; Wolff I, § 31 I c 4 m. w. Nachweisen.
2) Wolff I, § 31 I c 4 spricht dabei von Einschätzungsbegriffen.
3) vgl. BVerwG vom 11. 10. 1956 in BVerwGE 4, S. 89; BVerwG vom 28. 5. 1965 in BVerwGE 21, S. 184; BVerwG vom 18. 1. 1966 in BVerwGE 23, S. 194.
4) vgl. Literaturnachweis bei Wolff I, § 31 c 4.
5) Ossenbühl, DVBl. 74, S. 313 spricht von Entscheidungen; vgl. BVerwG vom 30. 6. 1964 in BVerwGE 19, S. 86; BVerwG vom 12. 12. 1969 in BVerwGE 34, S. 301 ff.
6) vgl. Bachof, JZ 55, S. 98; Jesch, AöR, Bd. 82, S. 208; H.-J. Müller, DÖV 69, S. 120; Ossenbühl, DÖV 70, S. 86 ff.; Wolff I, § 31 II a, mit weiteren Nachweisen.

Der Ermessensbereich beginnt also, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind[1]. Er endet - auch im vertraglichen Bereich - wo der Bereich der Ermessensfehler beginnt, die den Ermessensgebrauch rechtswidrig machen. Ein Ermessensfehler kann in einer Überschreitung, in einem Mißbrauch oder in einer Nichtausübung des Ermessens liegen.

Einen unzulässigen Ermessensmißbrauch stellt insbesondere die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes und des Grundsatzes der Gleichmäßigkeit der Verwaltung dar. Auch die falsche Zweckverfolgung gehört hierher.

5.4 Im Rahmen der Bauplanung ist ein sog. "Planermessensfehlgebrauch" wegen der Festlegung der Ziele, Bedingungen und Formen der Bauleitplanung im gewissen Umfange gerichtlich nachprüfbar. Es handelt sich nämlich bei den in § 1 Abs. 4 und 5 BBauG verwendeten Begriffen um unbestimmte Rechtsbegriffe, bei deren Ausfüllung der Gemeinde kein Beurteilungsspielraum zusteht und die - wie das BVerwG in seinem Urteil vom 12. 12. 1969 darlegt[2] - gerichtlich nachprüfbar sind, wobei es allerdings eine

---

1) Wolff I, § 31 II a; Salzwedel, S. 116 ff.
2) in DVBl. 70, S. 414 ff.; BVerwG vom 17. 5. 1971 in DVBl. 71, S. 759; BVerwG vom 5. 7. 1974 in DVBl. 74, S. 767; vgl. hierzu die Analyse Hoppes in BauR 1970, S. 15 ff., der darauf hinweist, es könne nur indirket ermittelt werden, ob es sich bei der Abwägung der öffentlichen mit den privaten Belangen nur um (verhältnismäßig) gleichgewichtige Belange handeln. Darüberhinaus stellt Hoppe einen Vergleich mit der Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg an (vom 14. 3. 1963 in ESVGH Bd. 13, S. 71 sowie weitere Nachweise bei Hoppe, a. a. O.).

gewisse Freiheit für eine "gerechte Abwägung" der öffentlichen und privaten Belange einräumt, wie gleich noch eingehender dargestellt werden wird. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob der Begriff des Planungsermessens dem Inhalt dieses Begriffes gerecht wird oder ob nicht - wie Hoppe[1] es versucht - die Bildung neuer sachgerechterer Begriffe und Kategorien erforderlich ist. Es darf aber darauf verwiesen werden, daß auch das BVerwG in seiner Entscheidung vom 5. 7. 1974[2] zumindest in Ansätzen sich der Ansicht Hoppes[3] nähert, welcher an die Stelle der Lehre über den Beurteilungsspielraum in Fortentwicklung seiner früheren Gedanken[4] eine Art Fehlerlehre[5] setzen will. Das BVerwG geht zwar nach wie vor davon aus, daß die Begriffe des § 1 Abs. 4 und 5 BBauG unbestimmte Rechtsbegriffe seien, ist aber der Auffassung, daß trotz der starken Präjudizierung in tatsächlicher Hinsicht ein Widerspruch zu den in § 1 Abs. 4 und 5 BBauG aufgestellten Forderungen bestehen könne, wenn ein Abwägungsdefizit vorliegt. In welchem Unfang eine Rechtskontrolle bei Folgelastenverträgen möglich ist, kann allerdings nur bei Berücksichtigung des Artikels 3 GG entschieden werden.

Die Beantwortung der Frage hängt ganz entscheidend davon ab, ob sich die Planung der

---

1) DVBl. 74, S. 641 (643).
2) in DVBl. 74, S. 767.
3) DVBl. 74, S. 644.
4) DVBl. 64, S. 165 (172 ff.).
5) Defizite in planerisch relevanter Hinicht, bei der Ermittlung und der Abwägung, vgl. im einzelnen Hoppe in DVBl. 74, S. 644; hierzu eingehend auch die Analyse von Papier in DVBl. 75, S. 461 ff.

Gemeinde, die mit dem Folgelastenvertrag in Zusammenhang gebracht werden muß, im Rahmen des § 1 Abs. 4 und 5 BBauG hält. Anders formuliert heißt die Frage, ob die Gemeinde bei ihrer Planung aus den im einzelnen konkret festgestellten Tatsachen unter Beachtung der in dem § 1 Abs. 4 und 5 BBauG geforderten Zielsetzung den richtigen Schluß gezogen hat.

Da es sich bei den in dieser Vorschrift verwendeten Begriffen um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, deren Verwendung in einer gesetzlichen Ermächtigung verfassungsrechtlich bedenkenfrei[1] ist, wird zugleich die Grenze der gerichtlichen Kontrolle mitbeantwortet.

Das BVerwG hat den Umfang der Nachprüfung des Planungsermessens, das an die Ziele der §§ 1 Abs. 1 - 3, 2 Abs. 5 BBauG gebunden ist, umrissen[2]. Es geht von der Planungshoheit der Gemeinde nach § 2 Abs. 1 BBauG aus, die immer grundsätzlich die Einräumung eines Planungsermessen beinhalte. Trotz der scheinbaren Unbestimmtheit dieses Begriffes selbst

---

1) BVerfG vom 7. 8. 1956 in BVerfGE 5, S. 85 (112); BVerfG vom 16. 1. 1957 in BVerfGE 6,S. 32 (42); BVerfG vom 3. 2. 1959 in BVerfGE 9, S. 137 (147).

2) grundsätzlich BVerwG vom 12. 12. 1969 in DVBl. 70, S. 414 (416); BVerwG vom 17. 5. 1971 in DVBl. 71, S. 759; vgl. insbesondere BVerwG vom 5. 7. 1974 in DVBl. 74, S. 767 (773) mit weiteren Nachweisen.

stehe fest, daß erstens die Befugnis zur Planung einen mehr oder weniger ausgedehnten Spielraum an Gestaltungsfreiheit zulasse, weil die Planung ohne Gestaltung ein Widerspruch sei, daß zweitens planerische Gestaltungsfreiheit zudem verschiedene Elemente des Ermessens, Wertens und Bewertens sowie des Wollens umfasse, und daß drittens aus der Verbindung von Planung und Gestaltungsfreiheit unabweisbar sich die Beschränkung ergebe, ob im Einzelfall die gesetzlichen Grenzen der Gestaltungsfreiheit überschritten sind oder von ihr in einer der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden sei.

Zwingend vorgeschrieben und von der Rechtskontrolle daher erfaßt ist also, ob bei der Planaufstellung bzw. -änderung eine Abwägung der öffentlichen und privaten Belange stattgefunden hat[1]. Weiter ist überprüfbar, ob fehlerfrei festgestellt ist, welche öffentlichen und privaten Belange von der Änderung tangiert sind. Das setzt natürlich auch die Überprüfbarkeit der diese Belange tangierenden objektiven Umstände voraus, z. B. Angaben über die Bevölkerung, Wirtschaft, Verkehr, soziale Struktur, vorhandene Verwaltungs- und sonstige Einrichtungen der Allgemeinheit.

Die Grenzen der Rechtskontrolle sind erreicht, wenn die Gemeinde städtebauliche, soziale oder sonstige auf die Zukunft projezierte Bedürfnisse bei der Planung in ihre Erwägung einbezieht.

---

1) vgl. BVerwG vom 17. 5. 1971 in DVBl. 71, S. 759; Schrödter, § 10, 20 f.; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 1, 59 ff.

Hier beginnt die Gestaltungsfreiheit[1] des Gemeindekörpers, die in den politischen Raum mündet. Je weiter die planerischen Erwägungen reichen, desto weiter ist das Planungsermessen der Gemeinde. Soll die Planungshoheit nicht in ihrem Wesen angetastet werden, so muß sie auch bei einer gerichtlichen Kontrolle respektiert werden[2]. Eine politische Wertung der Planung darf durch eine gerichtliche Kontrolle nicht vorgenommen werden.

Allerdings greift die Möglichkeit der Rechtskontrolle wieder durch, wenn ein Abwägungsdefizit bei dem Abwägungsvorgang festgestellt werden kann[3], es sei denn, daß dies mit § 1 Abs. 4 S. 2 BBauG vereinbar sei. Dies ist nur der Fall, wenn erstens die Vorwegnahme sachlich gerechtfertigt ist, zweitens die planungsrechtliche Zuständigkeit gewahrt wurde und daß drittens die vorgezogene Entscheidung inhaltlich nicht zu beanstanden ist[4].

Das bedeutet, daß die Gemeinde, die einen Folgelastenvertrag abgeschlossen hat, Artikel 3 Abs. 1 GG bei der Auswahl eines von mehreren Bauträgern

---

1) der von Wolff I, § 31 I c angesprochene Einschätzungsbegriff wird von der herrschenden Meinung als Beurteilungsspielraum bezeichnet.
2) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 2, 13 a; Papier, DVBl. 75, S. 466; Ossenbühl, DVBl. 74, S. 313.
3) BVerwG vom 5. 7. 1974 in DVBl. 74, S. 767 (772).
4) vgl. hierzu die Kritik Papier, DVBl. 75, S. 446.

dann nicht verletzt hat, wenn sie die vom Bauträger in Angriff zunehmenden Vorhaben unter den eben genannten Gesichtspunkten abgewogenen und sich für ein Vorhaben entschieden hat, das im Rahmen ihres Planermessens geblieben ist.

5.5 Natürlich ergeben sich Bedenken deshalb, weil es durchaus vorstellbar ist, daß der finanzkräftigere von mehreren Partnern die größeren Chancen hat, seine Pläne durchzusetzen.

Eine Wohnungsbaugesellschaft, ein privater Erschließungsträger oder ein sonstiger Bauwerber, der überhaupt imstande ist, die durch sein Bauvorhaben entstehenden Folgelastenkosten oder einen größeren Teil davon zu übernehmen, wird kaum bereit sein, eine Zahlungspflicht zu übernehmen, wenn nicht der aufzustellende Bebauungsplan wenigstens in wesentlichen Teilen seinen Vorstellungen entspricht. Berücksichtigt man außerdem, daß häufig die Finanzlage insbesonderer kleinerer Gemeinden, die vielfach gerade wegen der günstigen Bodenpreise bevorzugte Standtpunkte für derartige große Bauvorhaben sind, kritisch ist, so kann nicht von der Hand gewiesen werden, daß die Gefahr besteht, daß das Planungsermessen von den Gemeinden unsachgemäß oder überhaupt nicht ausgeübt wird.

Von Bedeutung ist deshalb die Frage, ob die Entscheidung der Gemeinde bei der Bevorzugung eines Bauwerbers gar keine Ermessensentscheidung mehr zuläßt und deshalb eine Folgelastenabrede unwirksam ist oder ob sie trotz der finanziellen Be-

drängnis noch weiterhin eine Ermessenentscheidung treffen kann.

Zu entscheiden ist diese Frage an dem normativen Gehalt des § 1 Abs. 4 und 5 BBauG. Diese enthalten die grundsätzlichen Anforderungen, die an den Inhalt der Baupläne gestellt werden müssen. Die Gewichtung der Bedürfnisse richtet sich nach den örtlichen und sozialen Gegebenheiten der einzelnen Gemeinde, ausgerichtet nach den Aufgaben der Zukunft[1].

Stellt die Gemeinde Bebauungspläne auf oder ändert sie diese, so haben die darin getroffenen Feststellungen nur und allein den sozialen und kulturellen Bedürfnissen sowie ihrer Sicherheit und Gesundheit der festsetzenden Gemeinde zu entsprechen. Denn Aufgabe der Bauleitplanung ist es, die räumlichen Voraussetzungen zur Verwirklichung realer wohungsbaupolitischer Forderungen und Ziele zu schaffen, nicht aber hypothetische Bedürfnisse oder einen vorübergehenden sogar belegbaren Bedarf[2] im finanziellen Interesse eines Bauträgers zu decken.

Diese Aufgabe erfüllt die Gemeinde nur dann richtig, wenn sie mit geeigneten Mitteln, von einer Bestandsaufnahme ausgehend, auf Grund methodischer Untersuchungen Entwicklungstendenzen analysiert und entsprechend realisiert[3]. Dabei müssen die öffentlichen und privaten Belange jeweils untereinander, aber auch gegeneinander differenziert abgewägt werden. Nur Pläne, die der-

---

1) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 1, 31.
2) Bedürfnis ist nicht mit Bedarf, auch wenn er tatsächlich vorhanden und belegbar ist, gleichzusetzen; vgl. Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 1, 31; Frohberg, JR 1963, S. 174.
3) eingehend hier die Studie von Daub, insbesondere S. 138 ff., 168 ff.

artige Abwägungen und Erwägungen erkennen lassen, können überhaupt auf einer Ermessensentscheidung beruhen. Fehlen diese, muß tatsächlich angenommen werden, daß das Planungsermessen der Gemeinde in unzulässiger Weise durch den Bauträger eingeschränkt worden ist. Neben anderen ist dies einer der Gründe für die Begründungspflicht des Bebauungsplanes gemäß § 9 Abs. 6 BBauG.

Ohne auf die Streitfrage eingehen zu müssen, ob ein Bebauungsplan ohne oder mit unzureichender Begründung nichtig ist[1], kann jedenfalls gesagt werden, daß ein solcher Vertrag dann materiellrechtlich unzulässig ist, wenn es an einer Ermessensabwägung in der Begründung zum Bebauungsplan mangelt.

5.6 Nicht entscheidend ist, d. h. ein Verstoß gegen Artikel 3 GG liegt nicht unbedingt vor, wenn einer von mehreren Bauwerbern deswegen vorgezogen wird, weil er die Anforderungen der Gemeinde finanziell leichter bewältigen kann. Die vollziehende Gewalt ist bei der Anwendung des Gleichheitssatzes nicht gehalten, bestehende Ungleichheiten auszugleichen, um so eventuell aus anderer, z. B. sozialer Sicht bestehende Ungerechtigkeiten zu mildern oder zu beseitigen[2]. Bemühen sich mehrere Bauwerber um den Abschluß eines in seinen Konditionen völlig gleichartigen Folgelastenvertrages, so liegt ein Tatbestand

---

1) a) für die Ungültigkeit des Bebauungsplanes: BVerwG vom 7. 5. 1971 in DVBl. 71, S. 759; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 9, 92; Schrödter, § 9, 23; Meyer-Stich-Tittel, § 9, 16; Schütz-Frohberg, § 9, S. 73;

b) anderer Ansicht sind: Brügelmann-Grauvogel, § 9 IV 2 b; BGH vom 22. 8. 1968 in NJW 68, S. 891; Bad.-Württ. VGH vom 2. 10. 1964 in BRS 15, Nr. 3

2) BVerfG vom 14. 4. 1959 in BVerfGE 9, S. 237, 224; VG Hannover vom 20. 3. 1968 in NJW 68, S. 2026.

vor, der eine unterschiedliche Behandlung, d. h. eine Bevorzugung des potenteren Bauwerbers nicht rechtfertigt[1].

Deshalb bedarf es einer weiteren Begründung für die Bevorzugung eines Bauwerbers. Diese wird meist in dem berechtigten Interesse der Kommune an der Gegenleistung für die Allgemeinheit liegen. Anders wäre es, wenn der Bauwerber aus sachlich nicht einleuchtenden Gründen, z. B. wegen seiner politischen Einstellung oder ähnlichem abgelehnt oder bevorzugt würde.

5.7 Gegen Artikel 3 GG verstößt es weiterhin nicht, daß eine Gemeinde keine Folgelastenverträge abschließt, obwohl es die Nachbargemeinde häufiger praktiziert. Anspruch auf Gleichbehandlung besteht nur gegenüber dem gleichen Hoheitsträger. Darüberhinaus kann auf diese Weise nicht das Selbstverwaltungsrecht des Artikel 28 Abs. 2 GG außer Kraft gesetzt werden.

5.8 Die Richtigkeit der aufgestellten Erwägungen ergibt sich auch aus Überlegungen zum Problem der Selbstbindung[2] der Gemeinde bei der Aufstellung bzw. Abänderung von Bebauungsplänen und dem damit verbundenen Abschluß von Folgelastenverträgen.

Eine Selbstbindung der Gemeinde als Folge des Gleichheitsgrundsatzes[3] kann nur eintreten, wenn

---

1) Salzwedel, S. 130 f.
2) aus der Literatur hierzu beispielsweise: Ossenbühl, S. 514 ff. mit weiteren Nachweisen; ders., DÖV 70, S. 264; W. Schmidt, JuS 71, S. 184; Kreutzer, MDR 70, S. 564; Wolff I, § 24 II d 2.
3) eingehend mit weiteren Nachweisen: Maunz-Dürig, Art. 3 I, Rdn. 428 ff., 435 ff.; Mertens, S. 13 ff.

gleichgelagerte Parallelfälle vorliegen. Dies zwänge die entscheidende Gemeinde, einen neuen Fall ebenso zu entscheiden wie gleichgelagerte, vorher bereits entschiedene, obgleich ihr eigentlich ein Entscheidungsspielraum zusteht.

Das setzt aber im wesentlichen gleichgelagerte Fälle voraus. Der Eintritt dieser Voraussetzung im Rahmen der Planung erscheint unmöglich. Denn einerseits kann ein Gebiet nicht mehrmals bebaut werden; eine weitere Bebauung des Gemeindegebietes hat demzufolge regelmäßig andere Tatsachenvoraussetzungen oder anders gelagerte politische Zielvorstellungen. Andererseits werden keine gleichartigen Vorschläge von den Bauwerbern gemacht oder gemacht werden können, da ihre Interessen und ihre planerische Initiative verschieden voneinander sind; denn die Bauvorhaben haben in der Regel unterschiedliche Ausmaße in Größe, Lage und Auswirkung. Selbst wenn der - unvorstellbare - Fall eintreten sollte, daß gleiche Pläne und gleich hohe Folgelastenbeiträge geboten würden, wäre nur dann ein Vergleich möglich, wenn er sich auf das gleiche Wohngebiet bezöge. Dann allerdings hätte die Gemeinde wieder eine Wahl, es bestünde keine Selbstbindung. Bezöge sich das Angebot eines Bauwerbers auf ein anderes Planungsgebiet, wäre schon ein Unterschied gegeben, der zu Differenzierung Anlaß gibt und eine abweichende Entscheidung erlaubt.

5.9 Eine Verletzung des Artikels 3 GG liegt daher in der Regel nicht vor. Nur wenn willkürlich, d.h. ohne sachgemäße Erwägungen, Vereinbarungen getroffen werden, ist eine Verletzung des Artikels 3 GG denkbar.

6. Einfluß des § 138 BGB auf die Zulässigkeit des Folgelastenvertrages

Nur angerissen und meist grob abgehandelt wurde bisher die Anwendung des gleichfalls vom Grundsatz der Gesetzmäßigkeit umfaßten § 138 BGB auf die Folgelastenvereinbarung.

6.1 Daß der Gedanke bürgerlich-rechtlicher Vorschrift im öffentlichen Recht überhaupt anwendbar ist, wurde früher scharf abgelehnt; inzwischen hat man diese These aufgegeben. Man unterscheidet zwar noch nach allgemeinen Rechtsgedanken und Analogien[1], ist sich aber einig, daß im öffentlichen Recht auf bürgerlich-rechtliche Vorschriften, sei es analog oder unmittelbar, zurückgegriffen werden kann. Seit diese Ansicht sich durchgesetzt hat, wird eine Anwendung des § 138 BGB im öffentlichen Recht, teils sogar unmittelbar[2], bejaht.

6.2 Wenn die Gemeinde, wie es auf Grund vorheriger Verhandlungen meist der Fall sein wird, dem Bauinteressenten von vorneherein klar macht, daß

---

1) Friedrichs, ArchbürgR 42 (1916), S. 28 ff.; ders., Allg. Teil, § 113; Wolff I, § 25 I a 2 e; Forsthoff, S. 167 ff.; Soergel-Hefermehl, § 138, 12; RG vom 13. 11. 1931 in RGZ 134, S. 162 (167).
2) Forsthoff, Lehrbuch, S. 173.

er einen Folgelastenbeitrag zu zahlen habe, falls er sein Vorhaben in die Tat umsetzen möchte, so können Bedenken aus § 138 BGB wegen der Wirksamkeit eines Folgelastenvertrages nur unter dem Gesichtspunkt der sittenwidrigen Ausnutzung einer Machtposition durch die Gemeinde hergeleitet werden.

Eine derartige sittenwidrige Ausnutzung einer Machtposition, deren Inhaber die Gemeinde als Vertragspartner ohne Zweifel ist, mit der Folge der Nichtigkeit der Vereinbarung wäre jedoch nur dann gegeben, wenn die Gemeinde gegenüber ihrem Vertragspartner derart mißbräuchlich ihre stärkere Position ausnutzt, daß diesem das wirtschaftliche Fortkommen übermäßig erschwert oder seine wirtschaftliche Selbstständigkeit vernichtet wird[1].

6.21 Gerade das ist aber nicht der Fall. Die Gemeinde nimmt grundsätzlich eigene, d. h. gemeinnützige Interessen bei der Forderung eines Folgelastenbeitrages wahr. Dazu ist sie sogar ihrer haushaltsrechtlichen Pflicht wegen verpflichtet. Ohne einen Folgelastenbeitrag des Wohnungsbauträgers wäre die Gemeinde berechtigt, das ganze Vorhaben schon aus haushaltsrechtlichen Gründen scheitern zu lassen. Eine Berechtigung zur Wahrnehmung dieser fiskalischen Belange geht aus § 1 Abs. 4 S. 2 BBauG hervor; zu den darin erwähnten öffentlichen Interessen zählen selbstverständlich auch die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Haushaltsführung und die Vermeidung übermäßiger Verschuldung.

---

1) Palandt, § 138, 2 b und 5 n.

6.22 Daß die Gemeinde alle öffentlichen Interessen bei dem Abschluß eines Folgelastenvertrages wahrzunehmen berechtigt ist, ist § 2 Abs. 1 BBauG zu entnehmen. In der Regel stehen neue Erschließungsgebiete entsprechend den Bebauungsplänen, die sich wiederum nach den allgemeineren Flächennutzungsplänen richten, auf Grund einer geordneten, voraussehbaren Entwicklung der Gemeinde an. Dementsprechend sollen neue Bebauungspläne gemäß § 2 Abs. 1 BBauG aufgestellt werden, "sobald und soweit es erforderlich ist". Die Gemeinde unterliegt mithin einer Rechtspflicht zur Aufstellung eines Bebauungsplanes, die allerdings als Popularanspruch nicht einklagbar ist[1], nur in diesem eng umgrenzten Rahmen. In diesem Sinne erfolgt die Aufstellung eines neuen Planes aus einer voraussehbaren, zeitlichen und räumlichen Notwendigkeit heraus, z. B. auf Grund der Nähe der Gemeinde zu einer sich weiterentwickelnden Großstadt.

Wenn die Gemeinde aber zur Durchführung eines größeren Wohnungsbauprojektes einen Bebauungsplan aufstellt, der weder zeitlich noch räumlich im Sinne des § 2 Abs. 1 BBauG zwingend ist, so handelt es sich um eine nicht vorhergesehene, meist die künftige Entwicklung vorwegnehmende Vergrösserung der Gemeinde. Ein derartiges Planverhalten erfolgt nicht in Erfüllung einer gemeindlichen Pflicht, sondern in erster Linie im Interesse des Wohnungsbauträgers. Es stellt daher auch keine

---

1) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 2, 14, 52.

Ausnutzung einer Machtposition seitens der Gemeinde, sondern die gerechtfertigte Wahrnehmung gemeindlicher Interessen dar, wenn die Gemeinde sich einen Folgelastenbeitrag versprechen läßt, um überhaupt die Durchführung des Vorhabens zu ermöglichen, das sie sonst aus haushaltsrechtlichen Gründen zu versagen berechtigt wäre.

6.3 Nun kann die Zulässigkeit des Folgelastenvertrages unter dem Aspekt des § 138 BGB auch aus anderer Sicht betrachtet werden. So ist ja auch ein sittenwidriges Verhalten der Bauunternehmer denkbar. Insbesondere die Wohnungsbauunternehmer haben unter der Hand und meist ohne Absprache mit der Gemeinde erhebliche Bodenvorräte angekauft und können durchaus bemüht sein zu erreichen, daß gerade dieses Land als Bauland ausgewiesen wird, obgleich es nach den Kriterien des § 1 BBauG nicht als Baugebiet ausgewiesen werden sollte. Dabei ist es möglich, daß die Unternehmer mit Hilfe der Presse oder anderen publizistischen Medien die Gemeinden in ihrer Planung politisch oder moralisch unter erheblichen Druck setzen. Ob dies allein zur Bejahung einer Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Unternehmer unter dem Gesichtspunkt der Ausnutzung einer Monopolstellung ausreicht, scheint fraglich.

Die Sittenwidrigkeit des Folgelastenvertrages kann sich nur aus dem Gesamtcharakter des Vertrages unter Würdigung des Inhalts, Beweg-

grundes und Zwecks des Geschäftes ergeben. Sicherlich ist es nicht ganz ohne weiteres zu billigen, daß ein Bauunternehmen unter der Hand Boden aufkauft, um dann aus Gewinnstreben hieraus durch die zuständige Gemeinde Bauland machen zu lassen und um später bei dem Verkauf der Gebäude erneut einen Gewinn zu erzielen. Dieses Profitstreben allein ist jedoch noch nicht als anstößig zu bezeichnen. Denn es ist zu bedenken, daß auch die Gemeinde die publizistischen Mittel und Möglichkeiten hat, um diejenigen Argumente zu entkräften, welche die Wohnungsbauunternehmen für ihr Vorhaben vorbringen, und um demgegenüber die Gründe für ihren eigenen, eventuell gegenteiligen Entschluß vorzutragen. Hinzu kommt, daß der Rat der Gemeinde nach wie vor eigenverantwortlich handelt, da bei ihm die alleinige Entscheidungskompetenz liegt. Die Entscheidung hat sich dementsprechend an den Befugnissen und Notwendigkeiten der gesamten Gemeinde zu orientieren; sie muß ihrem Inhalt und Zweck nach den vielfältigen Interessen der Allgemeinheit, nicht dem vordergründigen Geschäftsinteressen eines Einzelnen entsprechen. Sofern gewährleistet ist, daß die Entscheidung über den Folgelastenvertrag und dessen Folgen in einer derartigen Eigenverantwortlichkeit gefällt werden kann und die Gemeinde in der Lage ist, ihre eigenen Argumente für diese Entscheidung auch in der Öffentlichkeit zu artikulieren, solange hat ein Wohnungsbauunternehmen nicht diejenige

Machtposition, welche ein Ausnutzen der Monopolstellung ermöglichen kann. Solange aber auch ist der Folgelastenvertrag nicht unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB als sittenwidrig anzusehen.

6.4 Aus § 138 BGB sind demnach keine Bedenken gegen die Zulässigkeit des Folgelastenvertrages herzuleiten.

7. Das sogenannte Kopplungsverbot und der Folgelastenvertrag

Bei der Diskussion um die Frage nach der Zulässigkeit der Folgelastenvereinbarung stellt sich unter dem Gesichtspunkt des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung das Problem, ob ein Folgelastenvertrag nicht gegen das allgemein anerkannte[1] sog. Kopplungsverbot verstößt. Das Problem, ob ein Verstoß gegen das Kopplungsverbot vorliegt, taucht auch in anderen Bereichen des Baurechtes auf, so z. B. in Baudispenzverträgen[2] oder Ablösungsvereinbarungen[3].

7.1 Das Kopplungsverbot besagt zum einen, daß die Verwaltung ihre hoheitlichen Maßnahmen grundsätzlich

---

1) BVerwG vom 6. 7. 1973 in DVBl. 73, S. 803; BVerwG vom 24. 10. 1956 in BVerwGE 4, S. 111 ff.; BGH vom 14. 7. 1966 in DVBl. 67, S. 37; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 127, 29; Forsthoff, S. 293 ff.; ders., DVBl. 57, S. 724; Willigmann, DVBl. 63, S. 229 ff.; Scheerbarth, § 67.

2) § 12 PrFluchlG vom 2. 7. 1875 (GS 561); vgl. Schulze, S. 23 ff.; BGH vom 21. 11. 1957 in NJW 58, S. 379 = BGHZ 26, S. 84; Scheerbarth, § 67.

3) nach § 2 RGaO vom 17. 2. 1939 in RGBl. I, S. 219; Schulze, S. 28 ff.; Scheerbarth, § 68.

nicht von Gegenleistungen abhängig machen darf, die nicht ohnedies in einem inneren Zusammenhang stehen; zum anderen beinhaltet es das Verbot, hoheitliche Entscheidungen in der Regel nicht von zusätzlichen wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig zu machen[1], es sei denn, die Verwaltung sei dazu gesetzlich ermächtigt.

Problematisch ist dabei insbesondere die Frage, ob das Kopplungsverbot auch dann verletzt wird, wenn gerade mit Hilfe einer Kopplung das Gesetz vollzogen werden soll[2]. Das Kopplungsverbot muß und kann nämlich insoweit eingeschränkt werden, als Gegenleistungen berücksichtigt und gefordert werden können, die in einem sachlichen Zusammenhang mit der hoheitlichen Maßnahme stehen.

7.2 Ein sachlicher Zusammenhang besteht aber schon dann, wenn die Gegenleistungen eine rechtlich zulässige und geforderte Voraussetzung für die beabsichtigte hoheitliche Maßnahme ist[3] oder wenn die Gegenleistung den Erlaß eines Verwaltungsaktes überhaupt erst ermöglicht, weil sie die im Zusammenhang mit dem Hoheitsakt stehenden unerwünschten Folgen beseitigt oder einschränkt[4].

Auch der Entwurf eines VerwVerfG von 1974 geht in § 52 von der Zulässigkeit eines Austauschvertrages aus, "wenn die Gegenleistung für einen

---

1) BGH vom 21. 11. 1957 in BGHZ 26, S. 84 (87); BGH vom 14. 7. 1966 in DVBl. 67, S. 36 (37); BGH vom 12. 5. 1972 in DVBl. 72, S. 824 (825); Asam, BayVBl. 67, S. 190; Bisek, S. 95; v. Camphausen, DÖV 67, S. 662; Dombrowski, S. 79 ff.; Knobloch, S. 95, 156 ff.; Menger, VA Bd. 64 (1973), S. 203 (205) ff.
2) Knobloch, S. 156.
3) Wolff I, § 30 II b 1.
4) v. Camphausen, DÖV 67, S. 666.

bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient"[1].

7.21 Bei der Untersuchung, ob die Folgelastenvereinbarung in einem derartigen sachlichen Zusammenhang mit der übrigen Absprache steht und deshalb als zulässig gelten kann, muß man sich die Situation noch einmal konkret vor Augen halten.

Auf der einen Seite steht der Bauinteressent, der eine Wohnsiedlung größeren Ausmaßes auf einem noch nicht ausgewiesenen und zur Bebauung auch noch nicht gemäß § 2 Abs. 1 BBauG anstehenden Gebiet durchführen will und der bereit ist, die durch dieses Vorhaben entstehenden Kosten zu übernehmen, auch soweit er dazu gesetzlich verpflichtet ist. Ihm gegenüber steht die Gemeinde, die an dem Projekt ebenfalls interessiert ist, es aber nicht durchführen kann und darf, weil sie aus gesetzlichen Gründen andere öffentlichen Interessen wahrzunehmen hat, welche die Durchführung des Projektes verbieten. Wenn dabei ausschließlich als Hinderungsgrund die übermäßige Verschuldung der Gemeinde und die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Haushaltsführung vorgetragen wird, so ist die Wahrnehmung dieser fiskalischen Belange durchaus berechtigt. Denn der Mangel an Haushaltsmitteln rechtfertigt zwar nicht die Verweigerung, eine rechtliche Verpflichtung zu erfüllen[2]. Er rechtfertigt aber die Weigerung, ein Vorhaben zu gestatten, auf das im

---

1) BTag-Drucks. VII 910.
2) Wolff I, § 30 B 1; ders., § 138 III c 3.

Prinzip kein Anspruch besteht, das aber negative Auswirkungen auf den öffentlichen Haushalt und die gesamte weitere räumliche, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung der Gemeinde haben würde.

Man kann daher sagen, daß einer der wesentlichsten Faktoren bei der Bauplanung vernachlässigt würde, wenn die Gemeinde die Grundsätze der Haushalts- und Wirtschaftsführung außer acht ließe[1] und damit die Planverwirklichung eines ordnungsgemäßen Planes verhindern würde.

Zumindest sinngemäß ergibt sich daher aus den §§ 1 Abs. 4 und 5, 9 Abs. 6 BBauG, daß finanzielle Erwägungen zwecks Verwirklichung der Planvorstellung angestellt werden müssen, ohne daß dies eine weitere Tatbestandsvoraussetzung genannt werden kann, die nicht im sachlichen Zusammenhang mit der Gegenleistung steht.

7.22 Werden Hinderungsgründe, die die Gemeinde bei ihrem Vorgehen wahrzunehmen berechtigt und sogar verpflichtet ist, von dem Bauinteressenten durch zusätzliche freiwillige Leistungen beseitigt, so liegt darin kein Verstoß gegen das Kopplungsverbot[2]; denn es werden durch die Leistungen erst diejenigen Voraussetzungen geschaffen, die die Gemeinde in die Lage versetzen, entsprechend dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und ohne Verstoß gegen andere Vorschriften vorzu-

---

1) Kl. Meyer, S. 234; Dohnanyi, BBauBl. 68, S. 566.
2) so Bullinger, S. 64 ff.; Asam, BayVBl. 67, S. 190 f.; Tittel, DVBl. 67, S. 38; Kl. Meyer, ZMR 72, S. 40.

gehen, die damit in Zusammenhang stehen[1].

Es handelt sich infolgedessen um einen vertretbaren Interessenausgleich im Rahmen des "do ut des". Es geht nicht um ein "Erhandeln" oder "Verkaufen" von Leistungen[2], sondern um eine Entlastung von Aufwendungen, zu denen der Erlaß eines Bebauungsplanes bzw. die Mitwirkung am Baugenehmigungsverfahren geführt hat.

Der Folgelastenbeitrag stellt deshalb keine Gegenleistung im Sinne des Kaufrechtes oder der §§ 320 ff. BGB dar, sondern - eher wie das BVerwG[3] auch andeutete - einen Aufwendungsersatz im Sinne des § 670 BGB, wenn schon ein Vergleich mit dem Privatrecht in diesem Rahmen gezogen werden soll.

7.23 Daß es dabei nicht darauf ankommen kann, ob der Bauinteressent "zugestimmt" oder freiwillig eingewilligt hat", dürfte ohne Zweifel sein; denn das Gesetzmäßigkeitsprinzip ist objektives und zwingendes Recht, in dessen Bereich ein Verstoß gegen die Rechtsordnung nicht durch Unterwerfung ersetzt werden kann; der Satz "volenti non fit iniuria" kann hier, im Schutzbereich der Grund-

---

1) BGH vom 14. 7. 1956 in BGHZ 21, S. 319, 329; BGH vom 14. 7. 1966 in DVBl. 67, S. 37; BGH vom 25. 11. 1957 in BGHZ 26, S. 84; Willigmann, DVBl. 63, S. 232; Fleiner, S. 170.
2) Bei der Auslegung des § 35 BBauG gestand der VGH Baden-Württemberg vom 20. 3. 1968 in NJW 68, S. 2026 dem Bauwerber einen Rechtsanspruch auf Genehmigung seines Vorhabens zu, wenn er durch freiwillige Leistungen die Hinderungsgründe durch Kostenübernahme beseitigte, auch und obwohl das Vorhaben wegen der hohen Erschließungskosten unwirtschaftlich gewesen ist.
3) BVerwG vom 6. 7. 1973 in DVBl. 73, S. 803.

rechte, nicht gelten[1]. Denn auch bei formaler Gleichordnung der Beteiligten im Rahmen eines Vertragsverhältnisses läßt sich ein faktischer Zwang oft nicht ausschließen[2]; ein Blick auf die Verhältnisse in der Privatwirtschaft und die dort üblichen Vereinbarungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zeigen, daß Machtmißbrauch und oft auch Willkür trotz formaler Gleichstellung nie völlig ausgeschlossen werden können.

Deshalb wurden rechtswidrige, also unsachgemäße Kopplungsgeschäfte stets auch dann von der Rechtsprechung für unzulässig erklärt, wenn der Betroffene "freiwillig zugestimmt" hatte[3], der eine Teil aber unter Ausnutzung einer besonderen Machtposition gehandelt hat.

Dem steht natürlich nicht entgegen, daß dem Inhalt nach rechtmäßige Folgelastenabreden auch anfechtbar bzw. nichtig sind, wenn sie auf unrechtmäßige Weise, z. B. durch Nötigung, in sittlicher Weise oder auf ähnliche Art zustande gekommen sind.

7.3 Es kann also festgestellt werden, daß Folgelastenverträge dann nicht gegen das Kopplungsverbot ver-

---

1) Erichsen, Staatsrecht, S. 133 ff.; ders., VA Bd. 63 (1972), S. 442; Beinhardt, VA 55 (1964) S. 224; Stern, AöR 86 (1961), S. 321; Pieper, DVBl. 67, S. 11 (14); Forsthoff, DVBl. 57, S.725; a. A.: Bullinger, S. 47 ff.; Apelt, AöR Bd. 84 (1959), S. 249 (270, 271).

2) Dombrowski, S. 19 ff.; v. Mutius, VA 1974, S. 208; v. Camphausen, DÖV 67, S. 666; Meyer-Erichsen, VA 58 (1967), S. 171, 173 f.; zum Gleichheitssatz als Schranke für die Vertragsform: vgl. bei Apelt, AöR 84, S. 270 f.; Salzwedel, S. 125 ff.; Scheerbarth, § 67 (S. 142) und § 62 (S. 130); Wolff I, § 44 II b.

3) RG vom 23. 1. 1931 in RGZ 132, S. 174; Scheuner, JW 1932, S. 2990; RG vom 25. 1. 1932 in RGZ 135, S. 64; RG vom 3. 7. 1933 in JW 1933, S. 2116; RG vom 10. 1. 1930 in RGZ, S. 276; Bullinger, S. 249.

stoßen, wenn der Beitrag aus einem Grunde verlangt und schließlich auch zu dem angegebenen Zweck verwendet wird, welcher im Vertrag vereinbart war, und wenn der Beitrag der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient, die vor allem auf dem haushaltsrechtlichen und bebauungsplanrechtlichen Gebiet liegen.

8. Einfluß des Prinzips der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns auf Folgelastenverträge

Ein weiterer Faktor, der die inhaltliche Zulässigkeit der Folgelastenvereinbarung über das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung beeinflussen kann, ist die Verpflichtung der öffentlichen Hand, die Grundsätze der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu beachten[1].

8.1 Darüber, daß eine Folgelastenabrede geeignet und erforderlich ist, um den angestrebten Erfolg mit möglichst wenigen Nachteilen für beide Parteien zu erreichen, dürfte keinerlei Zweifel bestehen; denn sonst hätte man nicht zu einem derartig komplexen und vielseitig ausgestaltbaren verwaltungsrechtlichen Institut wie dem Vertrag greifen müssen.

8.2 Bedenken könnten sich jedoch aus der Sicht der Verhältnismäßigkeit der Mittel ergeben. Die Wahrung der Verhältnismäßigkeit ist zwar auch für die Wahl des richtigen Mittels unerläßlich[2].

---

1) Kein Grundrecht, aber zur verfassungsmäßigen Ordnung gehörend, so BVerwG vom 27. 1. 1967 in DVBl. 67, S. 777; Wittig, DÖV 68, S. 817.
2) Wittig, DÖV 68, S. 817; Forsthoff, Lehrbuch, S. 234; Wolff I, § 30 II b 1.

Doch ist nicht die Auswahl des Mittels - des Vertrages statt des Verwaltungsaktes - unverhältnismäßig, sondern möglicherweise die Höhe des ausbedungenen Beitrages. Aus der absoluten Höhe des Betrages selbst kann man eine Unzulässigkeit der Folgelastenabrede nicht herleiten. Vielmehr ist dies danach zu beurteilen, ob die Höhe des Folgelastenbeitrages - wie auch § 52 des Entwurfes des VerwVerfG 1974[1)] formuliert - "den gesamten Umständen nach angemessen" ist.

Es muß deshalb jeweils im Einzelfall nachgeprüft werden, ob die verschiedenen variablen Faktoren, die die Folgelastenkosten beeinflussen können, in angemessener Weise berücksichtigt worden sind. Von entscheidender Bedeutung sind in diesem Zusammenhang Größe und Finanzkraft der Gemeinde, Anzahl der Wohnungseinheiten und Umfang der deswegen notwendig werdenen Folgeeinrichtungen, sowie andere ähnliche, sachbezogene Kriterien. In der Regel wird deshalb eine Bestandsaufnahme seitens der Gemeinde erforderlich, wobei besonders die eigene, augenblickliche Finanzlage mit der zu erwartenden verglichen werden muß. Da es ausschließlich öffentliche Interessen sind, die zum Abschluß eines Folgelastenvertrages führen, spielen in erster Linie die haushaltsrechtlichen Gegebenheiten auf der Seite der Gemeinde eine Rolle; die Finanzkraft des Bauwerbers dürfte nur von untergeordneter Bedeutung sein.

8.3 Diese grundsätzliche Feststellung kann aber nicht dazu führen, daß finanzschwache Gemeinden mit dieser Argumentation bedenkenlos sämtliche Folge-

---

1) BTag-Drucks. VII 910, S. 19 f., Begründung S. 80.

lastenkosten auf den Bauinteressenten überwälzen oder lediglich - wie beim Erschließungsvertrag - eine Quote von 10 % übernehmen.

Zum einen wird dies durch die - allerdings keineswegs immer gegebene - Möglichkeit des Bauwerbers verhindert, bei anderen Gemeinden für sein Projekt ebenso günstige Bedingungen auszuhandeln. Oft ist dann das Interesse der Gemeinde an potenten Erschließungsträgern so groß, daß ein gewisser Wettbewerb entsteht, der übermäßige Forderungen verhindern kann.

Zum anderen ist in Erwägung zu ziehen, daß grundsätzlich die Gemeinde die Folgeeinrichtungen herzustellen und zu tragen verpflichtet ist. Dieser Aufgabe, die zum engeren Bereich der Selbstverwaltung gehört, kann sie sich nicht entziehen, weil dies nicht mit dem Wesen der Selbstverwaltung vereinbar wäre. Denn mit zunehmender Höhe des vom Bauträger versprochenen oder geleisteten Folgelastenbeitrages steigt auch die Abhängigkeit der Gemeinde von ihm; sie müßte sich immer stärker nach den Wünschen des Bauträgers richten und dementsprechend auf ihre eigene Planungshoheit verzichten. Demnach ist ein Folgelastenbeitrag nur dann angemessen, wenn er seiner Höhe nach die Gemeinde einerseits in den Stand versetzt, die für das geplante Wohngebiet erforderlichen Folgeeinrichtungen zu finanzieren, andererseits aber eine Abhängigkeit der Gemeinde vom Bauträger ausschließt[1]. Zu entscheiden, wo in concreto die Grenze zu ziehen ist, bleibt dem Einzelfall vorbehalten. Eine Parallele zu § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG zu ziehen, wäre durchaus zu erwägen und aus den oben im Zusammenhang mit dem Erschließungsvertrag angestellten Erwägungen sicher zu vertreten.

---

1) vgl. Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 127, 29 a. E.; Oestreicher, GemKur. 69, S. 5.

9. Bedeutung des Zeitpunktes für die Zulässigkeit eines Folgelastenvertrages

Für die Zulässigkeit von Folgelastenverträgen ist von entscheidender Bedeutung, zu welchem Zeitpunkt eine Folgelastenabrede getroffen wird. Ob, wann, sowie unter welchen Voraussetzungen ein Bauvorhaben zulässig ist, richtet sich nämlich nach dem auf Grund der Planungshoheit der Gemeinde festgelegten Bebauungsplan.

In diesem Zusammenhang soll nicht Bezug auf Flächennutzungs- oder laufende Bodenverkehrsgenehmigungsverfahren genommen werden. In diesem Stadium können Nachfolgeverträge nicht relevant werden, weil ihnen die notwendige Konkretisierung der Kosten durch die geplante Bebauung und den daraus notwendig werdenden Folgeeinrichtungen fehlt. Es besteht jedoch ein enger Zusammenhang zwischen der Zulässigkeit von Folgelastenverträgen und den in den §§ 29 ff. BBauG gesetzlich normierten Stadien des Planverfahrens und damit der sich hieran anknüpfenden, bereits im anderen Zusammenhang angeführten Unterscheidung einer vorhersehbaren und einer unvorhersehbaren Entwicklung des Gemeindegebietes.

Unter Vorwegnahme der folgenden Erörterung darf wohl folgendes festgehalten werden:
Bei einer zeitlich vorhersehbaren oder sogar bereits durchgeführten Planentwicklung wird der Abschluß eines Folgelastenvertrages grundsätzlich dem Gesetzmäßigkeitsprinzip widersprechen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Bebauung auf

Grund eines schon vorhandenen Bebauungsplanes begonnen oder wenn ein Bebauungsplanverfahren bereits eingeleitet worden ist. Bei einer unvorhersehbaren Entwicklung ist dagegen die Forderung eines Folgelastenbeitrages durchaus als legitim anzusehen.
Die Gründe liegen in den §§ 2 Abs. 1, 9 Abs. 6, 29 ff. BBauG.

9.1 Nach § 2 Abs. 1 BBauG hat die Gemeinde nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit dies erforderlich ist. Da es Aufgabe der Bauleitplanung ist, die städtebauliche Entwicklung in Stadt und Land zu ordnen und die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke vorzubereiten und zu leiten, muß die einzelne Gemeinde diese Bedürfnisse befriedigen, wenn und soweit es zu ihren Aufgaben gehört und die Bauleitplanung dazu geeignet ist. Mit Erfüllung dieser Pflicht kommt die Gemeinde als Selbstverwaltungskörperschaft sozialstaatlichen Forderungen nach, die der einzelne selbst nicht erfüllen kann[1]. Ist die Gemeinde ihrer sozialstaatlichen Pflicht durch Aufstellung eines Bebauungsplanes bereits nachgekommen, so kann sie die Erteilung einer Bauerlaubnis nicht von weiteren Voraussetzungen als den gesetzlich bereits vorgesehenen abhängig machen. Insbesondere darf sie nicht einen Folgelastenbeitrag fordern. Ein derartiges Verhalten würde den genannten sozialen Funktionen der Bauleitplanung widersprechen. Denn

---

1) Werner, AöR 81, S. 84.

diese soll die Baufreiheit im Rahmen allgemeiner und sozialer Belange fördern, nicht aber Vorwand zu weiteren Einschränkungen geben.

9.2 Ein weiterer Widerspruch würde sich anderenfalls auch zu § 9 Abs. 6 S. 2 BBauG ergeben.

Diese Vorschrift ist zum einen für das Genehmigungsverfahren durch die höhere Verwaltungsbehörde erforderlich; denn diese soll erkennen können, ob die Gemeinde überhaupt in der Lage ist, den Bebauungsplan zu verwirklichen.

Zum anderen wäre diese Vorschrift unsinnig, wenn die Gemeinde jederzeit die Erteilung einer Bauerlaubnis trotz Bestehens eines Bebauungsplanes und abgesehen von den Voraussetzungen der §§ 29 ff. BBauG zusätzlich von der Zahlung eines Folgelastenbeitrages abhängig machen könnte. Denn Sinn des § 9 Abs. 6 S. 2 BBauG ist es, daß die Gemeinde vor Aufstellung des Bebauungsplanes sich und der höheren Verwaltungsbehörde Klarheit über die ihr in Zukunft entstehenden, überschlägig ermittelten Kosten verschafft, die bei der Verwirklichung des Bebauungsplanes auf sie zukommen[1]. Es soll damit erreicht werden, daß von vorneherein nur diejenigen Planungen vorgelegt werden, deren Kosten für die Gemeinde in einer Vorausschau übersehbare und tragbare Belastungen mit sich bringen[2]. Könnte die Gemeinde es der Zahlungskraft des Bauträgers überlassen, auch für die Errichtung und Erhaltung von Folgeeinrichtungen finanziell aufzukommen, bräuchten derartige Überlegungen gar nicht erst angestrengt zu werden.

---

1) VGH Bad.-Württ. vom 2. 10. 1964 in BRS 15 Nr. 3; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 9, 94; Brügelmann-Grauvogel, § 9 IV 2 b.
2) Knaup-Ingenstau, § 9, 34.

Daß dem aber nicht sein kann, ergibt sich auch daraus, daß eine Begründungspflicht, allerdings nicht hinsichtlich der Kosten[1], bei der Planaufstellung sogar zwingend vorgeschrieben ist, so daß ein Bebauungsplan ohne Begründung nicht genehmigt werden darf und nach Ansicht des BVerwG und eines Teils in der Literatur als nicht gültig zustandegekommen gilt[2].

9.3 Hinzu kommt die klare gesetzgeberische Entscheidung:
Widerspricht das Vorhaben den §§ 30, 31 S. 1 BBauG nicht und ist seine Erschließung gesichert[3], so besteht - unbeschadet anderer Vorschriften, z. B. des Bauordnungsrechtes - ein einklagbarer Rechtsanspruch auf seine Genehmigung[4]. Andere Voraussetzungen als die in den §§ 30, 31 S. 1 BBauG genannten braucht der Antragsteller bei der Prüfung auf Zulässigkeit seines Vorhabens jedenfalls nach dem BBauG nicht zu erfüllen. Wird dennoch ein Folgelastenvertrag verlangt, so ist dies zu diesem Zeitpunkt nicht zulässig[5].

---

1) da diese überschlägige Berechnung notwendigerweise in sich enthält.
2) OVG Saarbrücken vom 27. 9. 1965 in BRS 16, Nr. 6; Hess. VGH vom 15. 3. 1968 in DVBl. 68, S. 948; Bay. VGH vom 8. 3. 1971 in BayVBl. 71, S. 230; BVerwG vom 7. 5. 1971 in DVBl. 71, S. 759; Gelzer, Rdn. 218; Meyer-Stich-Tittel, § 9, 16; Schrödter, § 9, 23; entgegen Brügelmann-Grauvogel, § 9 IV 2 b; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 9, 92; BGH vom 22. 2. 1968 in DVBl. 69, S. 204.
3) dazu vgl. Gelzer, Rdn. 367.
4) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, Vorb. §§ 29 - 39, 2; Heitzer-Oesterreicher, § 30, 1; Schrödter, § 34, 1; Friauf, S. 431 ff., 433; Wolff III, § 136 IV a 4; vgl. auch die gesetzlichen Bestimmungen der Länder Bad.-Württ. § 95 I 1 BauO; Art. 91 I Bay. BauO; § 88 I Berl. BauO; § 99 I Hamb. BauO; BauO NW § 88 I 1; § 80 I Rheinl.-Pf. BauO; § 96 Saarl. BauO; § 92 I 1 Schlesw.-Hol. BauO.
5) vgl. auch Mang-Simon, Art. 86, Rdn. 21 ff.

9.31 Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob die Gemeinde bei der Aufstellung bzw. Änderung des Bebauungsplanes gemäß § 9 Abs. 6 BBauG Erwägungen über die Finanzierbarkeit der Planung angestellt hat.

Zwar vertreten sowohl das BVerwG[1] als auch ein Teil der Literatur[2] die Ansicht, eine fehlende Begründung müsse die Nichtigkeit des Bebauungsplanes zur Folge haben, weil sonst eine gerichtliche Plankontrolle sich nicht verwirklichen lasse. Dies hätte zur Folge, daß eine Baugenehmigung wegen Fehlens eines rechtswirksamen Bebauungsplanes, abgesehen von den Fällen der §§ 33, 34, 35 BBauG, nicht erteilt werden dürfte. Aber darauf, ob eine völlig fehlende oder ungenügende Begründung die Rechtsgültigkeit eines Bebauungsplanes herbeiführen kann, kommt es gar nicht an. Denn ob die Finanzierbarkeit des Bauvorhabens in der Begründung angesprochen ist oder nicht, hat auf die Rechtsgültigkeit des Planes selbst unmittelbar keine Auswirkung[3]. Dies ergibt sich daraus, daß Satz 2 des § 9 Abs. 6 BBauG im Gegensatz zu Satz 1 bloß eine Sollvorschrift ist; sie hat mithin keinen zwingenden Charakter. Die Begründung muß also angegeben werden; die Finanzierung der Planung soll nur angesprochen werden. Nach dem Wortlaut der Vorschrift sollen überdies nur die überschlägig ermittelten Kosten angegeben

---

1) vom 7. 5. 1971 in DVBl. 71, S. 759.
2) Schrödter, § 9, 23; Meyer-Stich-Tittel, § 9, 16; Schütz-Frohberg, § 9, S. 73; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 9, 92; a. A.: Brügelmann-Grauvogel, § 9 IV 2; BGH vom 22. 2. 1968 in NJW 68, S. 891; Bad.-Württ. VGH vom 2. 10. 1964 in BRS 15, Nr. 3; Gelzer, Rdn. 220.
3) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 9, 94; Meyer-Stich-Tittel, § 9, 16; Schmidt-Aßmann, S. 82.

werden. Es handelt sich also um eine reine Schätzung. Deshalb fehlt es auch an einer Verpflichtung, detaillierte Finanzierungspläne vorzulegen[1]. In erster Linie soll eine finanzielle Selbstkontrolle durch die Gemeinde stattfinden, damit - wie es ausdrücklich in der Begründung des Regierungsentwurfs zum BBauG heißt[2] - gewährleistet ist, daß die Gemeinde sich schon bei der Planung über die sich daraus ergebenden finanziellen Folgen Klarheit verschafft.

9.32 Knobloch vertritt jedoch eine andere Ansicht. Er geht davon aus[3], daß Bebauungspläne nur dann rechtsgültig zustande kämen, wenn in der Begründung die finanzielle Realisierbarkeit der Planung angeschnitten wird. Ein aus finanziellen Gründen nicht realisierbarer Bebauungsplan sei materiell rechtswidrig. Er kommt deshalb auch zu der These, daß ein Folgelastenvertrag dann zulässig sei, wenn die Gemeinde in der Begründung des Planes Hinweise über Art und Weise seiner finanziellen Bewältigung gegeben und dabei die Folgelastenverträge vorgesehen habe. In allen anderen Fällen sei ein Folgelastenvertrag nicht zulässig.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Ihr ist der Boden dadurch entzogen, daß nach § 9 Abs. 6 BBauG die Begründung der Finanzierung des geplanten Vorhabens auf dessen Rechtsgültigkeit keinen Einfluß hat. Selbst wenn diesbezüglich Erwägungen angestellt worden sein sollten, hat dies mangels Verbindlichkeit keinen Einfluß auf die Finanzierungsmöglichkeiten.

---

1) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 9, 94; a. A.: Erlaß vom 20. 6. 1972 im Amtsblatt SchlHolst. 1972, S. 472 Tz. 4.2.
2) BTag-Drucks. III 336, S. 64 zu § 12.
3) S. 168 f.

9.33 Entscheidend für die materielle Zulässigkeit von Folgelastenverträgen ist, daß der Gesetzgeber von einer im Prinzip bestehenden allgemeinen Baufreiheit ausgeht und ein Bauvorhaben bei Vorliegen eines Bebauungsplanes stets zulässig ist, wenn es dem Bebauungsplan und den in §§ 30, 31 BBauG aufgestellten Voraussetzungen entspricht.

9.331 Daß allerdings die Baufreiheit zu einem verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgut des Artikels 14 Abs. 1 GG gehört, wird zunehmend bestritten[1]. Noch das 19. Jahrhundert ging vom liberalen Eigentumsbegriff aus und betrachtete die Baufreiheit als Ausfluß des Eigentums, das allerdings "zum gemeinen Besten" begrenzt war - so die §§ 65, 66 I 8 PrALR[2].

---

1) BGH vom 26. 11. 1954 in BGHZ 15, S. 268; Badura im Vortrag vor dem 49. Deutschen Juristentag, auszugsweise wiedergegeben von Schrödter in DVBl. 73, S. 129; Schrödter, DVBl. 73, S. 766; v. Mutius, VA 1974, S. 213 f.; Bielenberg, DVBl. 67, S. 260; vgl. eingehend Westermann, S. 765 ff. mit weiteren Nachweisen, insbesondere S. 768 ff.

2) Nunmehr soll der Eigentumsinhalt neu bestimmt werden. § 29 Abs. 1 BBauG soll folgende Fassung erhalten (BTag-Drucks. VII/2496): "Die Befugnis zur baulichen Nutzung wird unbeschadet anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften nach Maßgabe der Vorschriften dieses Gesetzes und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsvorschriften eröffnet, ausgestaltet und beendet." Hierin wird von Schrödter in DVBl. 73, S. 772 eine Änderung des Eigentumsinhalts, ja eine Verkehrung des Begriffes in sein Gegenteil gesehen. Dieser könne durch wirtschaftliche, soziale oder politische Verhältnisse gewandelt werden; für die Zukunft sei eine Beschränkung der Baufreiheit auch unbedenklich. Hierzu genüge aber eine vernünftige Planung, die in den Händen der Gemeinden liege. Auch Maunz in BayVBl. 73, S. 571 hält diese Vorschrift für grundgesetzwidrig. Ein bereits grundgesetzlich gewährtes Recht könne nicht durch ein einfaches Gesetz "eröffnet" oder "beendet" werden.

Inwieweit heutzutage die Baufreiheit auf Grund sozialer, wirtschaftlicher oder politischer Aspekte eingeschränkt wird oder aus bodenpolitischen Gründen eingeschränkt werden sollte, ist hier nicht zu erörtern. Ebenso kann die Frage offen bleiben, ob die Baufreiheit unmittelbar aus Artikel 14 Abs. 1 S. 1 GG als Ausfluß aus dem Eigentum ohne jede zusätzliche gesetzliche Gewährleistung hergeleitet werden kann[1] oder ob die Baufreiheit erst auf Grund von Planungen gewährt wird[2].

9.332 Diese Fragen sind für die Beurteilung, ob Folgelastenverträge materiellrechtlich zulässig sind, nicht von entscheidender Bedeutung. Festzustellen ist jedoch, daß die Baufreiheit zu keiner Zeit völlig unbeschränkt gewesen ist[3], sei es aus feuerpolizeilichen[4], sozialen[5] oder wirtschaftlichen[6] Gründen. Der Eigentumsbegriff - und damit die Baufreiheit - ist nicht ein absoluter Begriff, sondern je nach dem Maße veränderlich[7], das an die Sozialbindung, die politischen Anforderungen und die wirtschaftlichen Erfordernisse gestellt wird.

---

1) Hoppe, DVBl. 64, S. 166 mit weiteren Nachweisen Fußnote 12; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, Vorb. §§ 4 44, 143; Brohm, S. 69 ff.; BayVGH vom 28. 6. 195 in NJW 1955, S. 1647 (1649).
2) Linderner, S. 64 ff., 73 f., mit weitern Nachw.
3) RG vom 28. 2. 1930 in RGZ 128, S. 28; BGH vom 6. 10. 1954 in DVBl. 55, S. 61; BGH vom 26. 11. 1954 in DÖV 1955, S. 181; vgl. Ernst-Zinkahn-Bielenberg, Vorb. §§ 40 - 44, 144; Brügelmann-Förster, Einl. B II 2 b.
4) Brügelmann, Einl. B IV 1 b.
5) ders., Einl. B IV 1 f.
6) PrFluchlG vom 2. 7. 1875 in GS, S. 561; dazu Ernst-Zinkahn-Bielenberg, Einl., Rdn. 3; Brügelmann-Förster, Einl. B IV 1 d, e.
7) Knobloch, S. 203.

Die Auffassung vom rein individualistisch-liberalen Eigentumsbegriff tritt also in jüngster Zeit in Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip, mit dessen Mittel die Probleme der Bodenknappheit und Bodenspekulation eingedämmt werden sollen, zugunsten eines sozialgebundenen Bodeneigentumsbegriffes zurück[1]. Gerade die Besonderheiten des Bodens als Ware im wirtschaftlichen Verkehr weisen dem Grundeigentum eine Sonderrolle zu, die den Boden nicht mehr als reine Ware hinstellt, sondern speziellen Vorbehalten im Rechtsverkehr unterwirft. Die Sonderstellung, die das Grundeigentum einnimmt, hat seit eh dazu geführt, daß die Bodennutzung stets mehr oder weniger sich aus sozial- und verwaltungspolitischen sowie aus Raumordnungsgründen der geordneten Entwicklung des Gemeindegebietes unterzuordnen hatte[2]. Ebensowenig wie es ein unbegrenztes Recht auf Bebauung von Grundstücken gab, hat es ein absolutes Bauverbot außerhalb von tatsächlichen oder rechtlichen Baugebieten gegeben[3].

Demgemäß hat das BBauG in den §§ 30 ff. die Voraussetzungen normiert, welche die geordnete Entwicklung des Gemeindegebietes sicherstellen soll. Gerade die §§ 30, 34 und 35 BBauG deuten darauf hin, daß das BBauG von einem liberalen, aber sozialgebundenen Eigentumsbegriff im Bodenrecht ausgegangen ist[4]. Es wäre sonst nicht zu verstehen,

---

1) Badura im Vortrag vor dem 49. Deutschen Juristentag, auszugsweise zitiert von Schrödter in DVBl. 1973, S. 129; Zinkahn, BBauBl. 1968, S. 103.
2) Hoppe, DVBl. 1964, S. 166 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 12.
3) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 35, 1 ff.
4) a. A.: Westermann, S. 769, der die Ansicht vertritt, daß diese Frage im Gesetz nicht geregelt sei.

daß ein Anspruch auf Zulassung von Bauvorhaben im Außenbereich besteht, wenn das Vorhaben öffentliche Belange nicht beeinträchtigt oder ihm solche nicht entgegenstehen (§ 35 BBauG). Nur so ist auch zu erklären, daß das Recht zur Bebauung von Grundstücken in dem vom Stadtkern entfernteren Wohn- oder Industriegebieten oder auch in Grünzonen eingeschränkt ist, ohne gleich eine Enteignung darzustellen, während im Stadtkern selbst z. B. vielgeschossige Hochhäuser gebaut werden dürfen. Dem entspricht es auch, daß ein Anspruch auf eine bestimmte Planung nicht besteht, § 2 Abs. 9 BBauG, eine nicht durchgeführte Planung demzufolge auch keine Enteignung darstellt[1].

9.333 Daraus ist zu folgern, daß für die Fälle, daß ein Bebauungsplan besteht und die Voraussetzungen der §§ 30, 31 BBauG erfüllt sind, die Gemeinde keine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung schaffen kann, indem sie den Abschluß eines Folgelastenvertrages verlangt. Denn dies würde die in den §§ 29 - 31 BBauG aufgestellten gesetzlichen Schranken, die Folgen der Sozialpflichtigkeit des Grundeigentums sind, überschreiten und den Bauwilligen die Verpflichtung zur Herstellung von Folgeeinrichtungen aufbürden, für die die Gemeinde in ursprünglicher Zuständigkeit selbst verantwortlich ist. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, daß erst durch die Folgelastenzuschüsse die Voraussetzungen geschaffen werden können, die die Gemeinde in die Lage

---

1) BGH vom 30. 9. 1963 in NJW 1964, S. 202 (sog. Münchener Baulinienurteil) beruht auf der Besonderheit des Bayerischen Rechts, wonach auch die im Zusammenhang bebauten Gebiete trotz Baulandqualität nur gebaut werden darf, nachdem Baulinien festgelegt worden sind.

versetzen, eine "geordnete Entwicklung des Gemeindegebietes" zu sichern[1]; dies zu berücksichtigen wäre aber - wie § 9 Abs. 6 BBauG zeigt - bereits vor der Aufstellung des Bebauungsplanes erforderlich gewesen.

9.34 Das Erfordernis der finanziellen Absicherung kommunaler Folgelasten, das § 9 Abs. 6 BBauG anspricht, kann daher nicht entgegen dem Sinn und Wortlaut der §§ 30, 31 Abs. 1 BBauG zu einer weiteren Rechtmäßigkeitsvoraussetzung eines einzelnen Bauvorhabens führen[2], solange dies im bereits beplanten Bereich liegt. Die Berücksichtigung des Erfordernisses der finanziellen Absicherung der Folgelasten ist eine Voraussetzung für die Aufstellung des Planes selbst[3], nicht aber für das dem Plan entsprechende Bauvorhaben.

Die Gemeinde muß also regelmäßig schon bei einer anstehenden Planung bzw. bestehenden Bauplanung die Finanzierung der Folgeeinrichtungen gesichert haben. Eine nachträgliche Abwälzung der hierfür aufzubringenden Kosten auf den Bauwerber ist nicht statthaft. Dies würde außerdem einen Verstoß gegen Artikel 14 GG bedeuten; weder in den §§ 30, 31 Abs. 1 BBauG, noch in anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ist gesetzlich zugelassen, daß von dem Bauwerber obendrein noch ein Finanzierungszuschuß zu den Folgelasten gefordert werden kann. Dieser kann sich auch keinen Rechtsanspruch auf Genehmigung seines Vorhabens durch eine freiwillige Zahlung schaffen[4]; dies verstieße aber

---

1) Knobloch, S. 208 f.
2) a. A.: ist Knobloch, S. 179 f.
3) vgl. Degmair, KStZ 65, S. 171; Knobloch, S. 168 f.
4) vgl. BVerwG vom 6. 7. 1973 in DVBl. 73, S. 803.

nicht gegen Artikel 14 GG, da es darum geht, eine nicht gegebene "Baufreiheit" durch den Abschluß eines Folgelastenvertrages zu erreichen.

9.4 Nun ist es jedoch keineswegs immer so, daß die Gemeinde rechtzeitig ihrer Planungspflicht nachkommen wird. Eine gesetzliche Frist, die einen Zeitpunkt bestimmt, zu dem ein Bebauungsplan aufgestellt oder überprüft und gegebenenfalls angepaßt werden muß, besteht nicht. Solange aber noch ein veralteter, den zeitgemäßen Umständen nicht angepaßter oder überhaupt noch kein Bebauungsplan besteht und die Gemeinde der Zielsetzung des § 1 Abs. 1 BBauG nicht entsprochen hat, gelten die getroffenen Nutzungsregelungen[1] weiter. Ihnen entgegenstehende Vorhaben sind erst dann zulässig, wenn ein entsprechender neuer Bebauungsplan vorliegt.

Wird nunmehr der veraltete Plan nachträglich den allgemeinen veränderten Umständen und Anforderungen angepaßt, so ist eine Folgelastenabrede gleichfalls nicht zulässig. Denn es kann demjenigen kein Schaden daraus erwachsen, daß sein Grundstück nicht rechtzeitig oder nicht angemessen beplant worden ist, obwohl in Anpassung an die soziale und strukturelle Entwicklung dies schon hätte geschehen sein müssen. Das muß um so eher gelten, als kein Rechtsanspruch eines Dritten auf Aufstellung oder Änderung von Bauleitplänen besteht.[2] Eine unterschiedliche Behandlung zu den obengenannten Fällen würde denjenigen begünstigen, der das zufällige Glück hat, daß sein Bauvorhaben in einem bereits

---

1) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 2, 12; Forsthoff, S. 137 f.
2) BVerwG vom 4. 10. 1975 in MDR 75, S. 80.

pflichtgemäß planrechtlich ausgewiesenen Gebiet liegt.

9.5 Ähnlich ist die Situation zu beurteilen, wenn zum Zeitpunkt der Folgelastenabrede von der Gemeinde beschlossen war, einen Bebauungsplan aufzustellen. Auch in diesem Fall ist ein Folgelastenvertrag als unzulässig anzusehen. Dies läßt sich aus dem Gedanken des § 33 BBauG herleiten.

Die Entwicklung des Gemeindegebietes ist vorhersehbar, weil ein Bauplanungsverfahren bereits beschloßen worden ist. § 33 BBauG zieht lediglich die Folgerung aus dem allgemeinen Ordnungsprinzip, das den §§ 1 ff. BBauG zugrundeliegt, und erklärt Bauvorhaben - abgesehen von seinen weiteren engen Voraussetzungen - zugunsten des Bauherren schon dann für zulässig, wenn ein Bebauungsplan in absehbarer Zeit zu erwarten ist und wenn nach dem Stand der bereits in gewissem Umfang konkretisierten Planungsarbeiten das Vorhaben diesen Planungen nicht entgegensteht.

Wenn aber sowieso in Bälde ein Bebauungsplan aufgestellt werden soll, in das sich das geplante Projekt zulässig einfügt, ist es kaum vertretbar - wie ebensowenig im umgekehrten Falle bei verspäteter Planaufstellung -, daß Folgelastenbeiträge verlangt werden. Denn die Begünstigung einer vorzeitigen Bebauung durch den Gesetzgeber würde von der Gemeinde durch das Verlangen eines Folgelastenbeitrages zumindest zeitlich eingeschränkt.

9.6 Gleich zu behandeln wie die oben erwähnten Fälle ist auch die in § 34 BBauG beschriebene Fallgestaltung. Hat die Gemeinde noch nicht beschlossen, einen Bebauungsplan aufzustellen, oder hält sie aus bestimmten Gründen dies für nicht erforderlich und handelt es sich um Vorhaben innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteiles, so ist dieses Vorhaben, ohne daß weitere Voraussetzungen erfüllt werden müßten, stets dann zulässig, wenn es sich dem vorhandenen Bestand einfügt und die Erschließung gesichert ist. Die Gemeinde darf also auch in diesem Fall das Bauvorhaben nicht von der zusätzlichen Zahlung eines Folgelastenbeitrages abhängig machen.

Das gilt selbst dann, wenn die betreffenden Gebiete relativ groß sind. Denn der Regelung des § 34 BBauG liegt der Gedanke zugrunde, daß stets zu erwarten ist, daß das Gelände entsprechend seiner Qualität als Bauland alsbald genutzt wird[1]. Allerdings werden derart große Baulücken, die hohe Folgekosten nach sich ziehen, in Ortsteilen ohne Bebauungsplan selten sein, so daß dies eine mehr theoretische Überlegung ist.

Unter diesen Umständen muß die Entwicklung als vorhersehbar bezeichnet werden; ein Folgelastenvertrag wäre als unzulässig anzusehen. Das gilt auch, wenn es sich um einfache Bebauungspläne handelt, die innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils eine bestimmte Nutzung vorschreiben, die aber nicht die Erfordernisse eines qualifizierten Bebauungsplanes im Sinne des § 30 BBauG aufweisen, da auch einfache Bebauungspläne verbindlich sind[2].

---

1) BVerwG vom 27. 6. 1957 in BVerwGE 5, S. 143 (145); Heitzer-Oesterreicher, § 34, 2 a.
2) BVerwG vom 18. 8. 1964 in BVerwGE 19, S. 164 (167); Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 34, 17.

9.7 Die Folgelastenabrede muß jedoch zulässig sein, wenn das Bauvorhaben unvorhersehbar im Rahmen der geordneten Entwicklung der Gemeinde war oder wenn es sich um Vorhaben im Sinne des § 35 BBauG, also solchen im Außenbereich, handelt.

9.71 Bei letzteren, in der Regel Einzelvorhaben, ist im Hinblick auf § 35 Abs. 3 BBauG grundsätzlich die Berücksichtigung der Finanzierung der durch diese Bauvorhaben verursachten Folgekosten rechtmäßig. Dies ergibt sich daraus, daß unter dem Begriff "öffentliche Belange" auch die Notwendigkeit der Finanzierbarkeit von Folgelasten zu subsumieren ist[1].

9.72 Allerdings wird dies kaum praktisch relevant werden, da infolge der Größe der Bauvorhaben in der Regel ein Planverfahren durchgeführt wird[2]. Dies liegt dann stets im Außenbereich. Es handelt sich bei derartig neu beplanten Gebieten um eine noch nicht reife, vorzeitig und deshalb unvorhergesehene Entwicklung, die möglicherweise erst in einigen Jahren - wenn überhaupt - durchgeführt worden wäre.

Zu einer Beplanung dieser Gebiete ist die Gemeinde entsprechend § 2 Abs. 1 BBauG nicht verpflichtet. Weist sie im Rahmen ihres Planungsermessens[3] einen derartigen Außenbereich dennoch vorzeitig als Bebauungsgebiet aus - wozu sie im Interesse einer ordnungsgemäßen Planung gezwungen sein kann -,

---

1) Schrödter, § 35, Rdn. 12; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 35, 87; v. Mutius, S. 214.
2) vgl. Knobloch, S. 186 f.
3) Schmidt-Aßmann, S. 87 ff., 113 ff., 157 ff., 178 ff.; Gelzer, Rdn. 23 ff. mit weiteren Nachweisen.

so ist sie auch berechtigt[1], in Wahrnehmung derjenigen öffentlichen Belange, die einer Ausweisung als Baugebiet entgegenstehen, an die Ausweisung sachlich im Zusammenhang stehende und angemessene Gegenforderungen zu knüpfen, deren Erfüllung ihr ein derartiges Handeln überhaupt erst ermöglicht.

Ein derartiger Schluß ergibt sich aus dem Gesichtspunkt der Abwägung von sachlich miteinander zusammenhängenden Verwaltungsaufgaben, zu denen im Hinblick auf § 1 Abs. 4 und 5, sowie § 9 Abs. 6 und § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG die dort gestellten Anforderungen einerseits und die oben erläuterten Grundsätze der sparsamen Haushalts- und Wirtschaftsführung anderseits gehören.

Da es legitime Erwägungen sind, die zu Bedenken bei der Planaufstellung nicht baureifer Außengebiete führen, sind Folgelastenverträge als zulässig anzusehen, die diese Bedenken ausräumen.

Knobloch hält dagegen Folgelastenverträge grundsätzlich für zulässig, nur bei den sog. privilegierten Vorhaben des § 35 Abs. 1 BBauG sollen sie seiner Ansicht nach ausscheiden[2]. Grund für seine Ansicht ist, daß entweder keinerlei Folgekosten entstünden (§ 35 Abs. 1 Ziff. 3, 4 BBauG, z. T. i. V. m. § 6 LandesbeschaffungsG[3]), oder weil nach der ratio des Gesetzes die kleineren Vorhaben i. S. d. § 35 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 BBauG keine Folgekosten verursachen, die schwerwiegende Belastungen mit sich brächten.

---

1) K. Meyer, Staatsbürger u. Staatsgewalt, S. 229, 234 f., 238; ders., DVBl. 68, S. 496; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 1, 47, § 6, 20; Gassner, BBauBl. 66, S. 538; Creutzig, DÖV 68, S. 237; Willigmann, DVBl. 63, S. 230; Knobloch, S. 161 f. mit weitern Nachweisen; Knobloch, S. 183 ff.
2) aaO., S. 186 f.
3) Gesetz über die Landbeschaffung für Aufgaben der Verteidigung vom 23. 2. 1957 in BGBl. I, S. 134.

Diese Argumentation macht deutlich, daß hier nicht der richtige Ansatzpunkt für eine Lösung gesichert wurde. Zwar ist es richtig, grundsätzlich von der Regelung der §§ 29 ff. BBauG auszugehen; aber dabei muß beachtet werden,daß die §§ 30 - 34 BBauG von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Vorhaben bei Vorliegen der jeweils im einzelnen aufgestellten Voraussetzungen ausgeht, während nach § 35 BBauG Vorhaben im Außenbereich generell unzulässig und nur im Ausnahmefall erlaubt sind; die Ausgangspunkte der Vorschriften sind daher einander entgegengesetzt. Daraus folgt, daß ein Vorhaben, das weder den §§ 30 bis 34 BBauG noch irgendwelchen anderen Vorschriften, z. B. Festsetzungen nach § 9 BBauG, widerspricht, ohne Rücksicht auf Probleme der Finanzierung oder das Vorhandensein von Folgeeinrichtungen nach dem BBauG zulässig ist.

Als Zwischenergebnis ist somit bisher festzuhalten, daß der Abschluß von Folgelastenverträgen dann für zulässig zu erachten ist, wenn es sich um völlig neu beplante Gebiete handelt, die vorzeitig entwickelt werden, ohne daß sie nach § 2 Abs. 1 BBauG zur Beplanung angestanden hätten.

9.8 Die hier vertretenen Ansicht betrifft nur diejenigen Fälle, in denen Folgelastenverträge im Hinblick auf zukünftig notwendig werdende Folgeeinrichtungen abgeschlossen werden, welche durch das Vorhaben unmittelbar verursacht werden.

Ungelöst ist die Fallkonstellation, daß bereits ein Bebauungsplan besteht und Baumaßnahmen bereits in Angriff genommen wurden, die Durchführung

des Vorhabens aber nachträglich deswegen unmöglich wird, weil Voraussetzungen weggefallen sind, deren Vorhandensein bei Aufstellung bzw. Abänderung des Bebauungsplanes offensichtlich oder zumindest stillschweigend unterstellt worden sind.

Als Beispiel soll der Konkurs eines Gewerbeunternehmens genannt werden, das eine wesentliche Einnahmequelle des Gemeindehaushalts bildete und von dem ein Großteil der Einwohner der Gemeinde unmittelbar oder mittelbar abhängig war. Auch der Fall gehört hierher, in dem eine bestehende und für den Ausbau als genügend erachtete natürliche Trinkwasseranlage aus unvorhergesehenen Gründen ausfällt und deshalb der Bau einer neuen Anlage erforderlich wird, z. B. um einer Bierbrauerei nicht die Existenzgrundlage zu entziehen. Diese Beispiele zeigen, daß es sich nur um nachträglich eingetretene, nicht vorhersehbare und von keiner Seite zu vertretende Änderung der Umstände handeln kann.

Problematisch ist, ob in diesen Fällen trotz Vorliegen einer Planung nachträglich der Abschluß eines Folgelastenvertrages durchgesetzt werden darf.

9.81 Es spricht einiges dafür, den Folgelastenvertrag auch in diesen Fällen zuzulassen. Gleichgültig ist dabei, ob es sich um Vorhaben handelt, die aufgrund schon vorhandener oder aufgrund unvorhersehbarer Planung entstanden sind; denn auch das BBauG unterscheidet nicht bei Bestehen von Bebauungsplänen, aus welchen Gründen und wann diese zustan-

degekommen sind. Eine derartige Veränderung kann in jedem Stadium der Planung eintreten und diese hinfällig machen.

Eine strukturelle und soziale, durch den Fortfall eines bedeutenden und die Gemeinde prägenden Gewerbeunternehmens oder durch ein Naturereignis eingetretene Änderung kann nämlich ohne weiteres der bereits durchgeführten Planung den Boden entziehen und eine weitere geordnete Entwicklung einer Gemeinde für Jahre verhindern. Je kleiner und finanzschwächer die betroffene Gemeinde ist, um so größer ist die Gefahr, daß eine solche Situation eintritt. Es erscheint auch inopportun, der Gemeinde allein die gesamte Last der Finanzierung der Folgekosten aufzubürden und sie dadurch zu erheblicher Verschuldung zu zwingen. Dies gilt um so mehr, wenn das Bauvorhaben gerade dem begünstigten Unternehmer diente oder dienen sollte.

9.82 Trotz der erheblichen Auswirkungen auf die Finanzen und damit mittelbar und langfristig auf die Struktur der betroffenen Gemeinde dürfte die Frage jedoch zu verneinen sein.

9.83 Zum ersten spricht hiergegen nämlich, daß der Gesetzgeber grundsätzlich von einer - wenn auch stark eingeschränkten - Baufreiheit ausgeht[1]. Hat die Gemeinde einen Bebauungsplan aufgestellt, um eine geordnete Entwicklung ihres Gebietes sicher-

---

1) vgl. S. 179 ff.

zustellen, sei es weil die Aufstellung des Planes bereits anstand, sei es weil sie vorweggenommen wurde, so hat der Bauträger einen Anspruch auf Genehmigung seines Vorhabens[1]. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen aufzustellen, bedeutete eine ungesetzliche Einschränkung. Es läge dann ein dem Eigentum i. S. d. Artikel 14 GG beeinträchtigender Eingriff vor. Daraus ergibt sich, daß bei nachträglichem Wegfall von Voraussetzungen, die die finanzielle Sicherheit der Gemeinde oder die Sicherstellung der Finanzierung von Folgeeinrichtungen betreffen, weder eine Baugenehmigung verweigert, noch der Abschluß eines Folgelastenvertrages verlangt werden kann.

9.84 Zum anderen bestehen spezialgesetzliche Regelungen: Es steht der Gemeinde nämlich in solchen Fällen die Möglichkeit einer Planänderung oder -aufhebung offen, wie sich aus § 2 Abs. 7 und § 13 BBauG ergibt. Danach kann sie wesentlichen Veränderungen im Gemeindegebiet Rechnung tragen. Eine Planänderung oder -aufhebung hat allerdings zur Folge, daß die Betroffenen zu entschädigen sind, §§ 40 ff. BBauG. Dies dürfte aber finanziell eher zu verkraften sein als eine konsequente Plandurchführung. Eine Ausnahme von der Entschädigungspflicht bildet § 13 BBauG. Die Vorschrift betrifft die Fälle, in denen die Änderung der Aufhebung die Grundzüge der Planung nicht berührt und für die Nutzung der betroffenen und der benachbarten Grundstücke von nur unerheblicher Bedeutung ist, § 13 Abs. 1 BBauG,

---

1) vgl. §§ 30, 34 BBauG.

oder in denen die Eigentümer sowie die nach § 2 Abs. 5 BBauG beteiligten Behörden und Stellen zustimmen, § 13 Abs. 2 BBauG.

9.85 Außerdem besteht die Möglichkeit, eine Veränderungssperre zu erlassen, § 14 BBauG. Die als Satzung zu erlassende Veränderungssperre ist Ausfluß der Planungshoheit und stellt ein Mittel dar, die Planung zu sichern[1]. Auch eine Zurückstellung von Baugesuchen kann als Hilfsmittel zur Sicherstellung der Planung erfolgen, § 15 BBauG[2], wobei dieses Hilfsmittel das schwächere und deshalb zunächst anzuwenden ist, sofern es ausreicht. Hier sind allerdings, wenn auch nicht sofort, ebenfalls Entschädigungen vorgesehen, sofern die Beschränkungen länger als vier Jahre andauern, § 18 BBauG. Dennoch ist dieser Ausweg als kleineres Übel vorzuziehen, wenn für eine bessere Lösung keine Aussicht besteh .

Diese Regelungen lassen erkennen, daß der Rechtsschutz der im Planungsgebiet liegenden Grundstückseigentümer vor Nutzungsänderungen oder -sperren recht stark ist. Diesen Schutz können die Gemeinden nicht einfach unter Berufung auf außergewöhnliche, unvorhersehbare Entwicklungen ihrer Finanzlage dadurch unterlaufen, daß sie die Genehmigung eines Vorhabens zusätzlich vor der Zahlung eines Folgelastenbeitrages abhängig machen.

---

1) vgl. hierzu im einzelnen Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 14, 6 ff. mit weitern Nachweisen; Schrödter, § 14, 1 ff.
2) Zum Unterschied von Veränderungssperren und der Rückstellung von Baugesuchen, vgl. Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 15, 2.

9.86 Da die Änderung oder Aufhebung des Bebauungsplanes bzw. einer Veränderungssperre oder einer Zurückstellung des Baugesuchers relativ einschneidende Maßnahmen sind und in der Regel eine Entschädigungspflicht nach sich ziehen, wird zunächst der Weg über eine anderweitige Deckung der aufgetretenen Unkosten zu prüfen sein.

9.861 Dabei bietet sich zunächst de jure eine Kreditaufnahme an, vgl. z. B. §§ 72, 63 GONW[1]. Auch die Möglichkeit einer Erhöhung von Steuern wäre denkbar, da die Gemeinde eine gewisse Steuerhoheit besitzt[2].

Beide Mittel sind aber de facto beschränkt. Die Kreditaufnahme wird häufig unmöglich sein, weil bereits die Aufnahmemöglichkeiten ausgeschöpft sind; die Steuerhoheit ist ausgesprochen beschränkt und kann Folgekosten kaum decken, da der Kreis der Betroffenen klein ist[3]. Überdies bedarf die Gemeinde einer Ermächtigung des Landes, wenn sie besondere Steuerquellen erschließen will. Als Ausweichmöglichkeit bietet sich nur eine außer - und überplanmäßige Ausgabe an, die das Problem der Finanzierung jedoch nur vertagen würde.

9.862 Helfen können infolgedessen nur noch kostendeckende Zuwendungen oder Zuschüsse des Bundes oder des Landes, vgl. Artikel 104 a Abs. 4, 107 Abs. 2 S. 3 GG in Verbindung mit den Vorschriften der Haushaltsordnung der Länder, z. B. § 23 LHO NW[4]. Zuwendungen

---

1) in der Fassung vom 11. 7. 1972 (GV NW, S. 218).
2) Rauball, § 1, 1 und 2, sowie § 72, 9.
3) Rauball, § 1, 3.
4) vom 14. 12. 1971 (GV NW s. 397), ber. GV NW 1972, 14; vgl. Giese-Fricke, § 44; vgl. die entsprechende aufgrund des HGrG des Bundes und der Länder vom 19. 8. 1969 (BGBl. I, S. 1273), zum größten Teil in den Ländern durchgeführt Neuregelung des kommunalen Haushaltsrechtes, deren Fundstellen auf S. 44 aufgeführt sind.

des Bundes kann das Land im Rahmen einer sog. Zuwendungskette zur Erfüllung bestimmter Zwecke dann gewähren, wenn das Land an der Erfüllung durch die empfangenden Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht in dem notwendigen Umfang befriedigt werden kann. So erhalten schon jetzt die Gemeinden vom Land nicht nur auf Grund gesetzlicher Verpflichtung im Rahmen des Steuerverbundes erhebliche Beträge, sondern als allgemeine Deckungsmittel fließen tatsächlich auch in nicht geringem Umfang zweckgebundene Zuweisungen in die Haushalte der Gemeinden. Teilweise sind sie ohne die Zuweisungen nicht mehr wirtschaftsfähig. Sie sind dementsprechend im Haushaltsplan als selbständige Posten zu verzeichnen, vgl. z. B. § 1 Abs. 1 Ziff. 4 GemHVO NW[1]. Angesichts dieser - allerdings theoretischen - Möglichkeit der Bereinigung der finanziellen Schwierigkeiten kann bei der Forderung von Folgelastenbeiträgen nicht darauf verwiesen werden, daß eine notstandsähnliche Situation eingetreten sei. Der Gesetzgeber hat derartige Situationen im BBauG durch Planaufhebung oder Planänderung berücksichtigt. Die Planung war für ihn ein Mittel, die städtebauliche Umgestaltung zu sichern. Von der Planung sind daher alle Umstände erfaßt. Außergewöhnlichen Ereignissen, die die Planung beeinflussen, kann daher auch nur mit planerischen Mitteln begegnet werden.

Die haushaltsrechtlichen Deckungsmöglichkeiten stehen hilfsweise daneben. Daß sie in der Praxis häufig keine Lösungsmöglichkeiten wegen der weit-

---

1) vom 6. 12. 1972 (GV NW, S. 418/SGV NW 630) ber. GV NW 1973, S. 24

gehenden Ausschöpfung bieten, ist eine andere Frage. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, daß anders als in der im Gesetz vorgesehenen Weise in den rechtmäßig erworbenen Besitzstand des Bürgers eingegriffen wird.

9.87 Eine rein wirtschaftliche Überlegung spricht ebenfalls für dieses Ergebnis. Wäre es nämlich möglich, daß dem Bauträger bei Wegfall von Einnahmequellen, die die durch das Vorhaben verursachten Folgeeinrichtungen zu finanzieren bestimmt waren, nachträglich von der Gemeinde weitere Unkosten aufgebürdet werden könnten, so würde dessen Risiko erheblich vergrößert. Die Gemeinde könnte sich zu Lasten eines Bauträgers entlasten.

10. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der Folgelastenvertrag unter besonderer Beachtung des Prinzips des Vorbehalts des Gesetzes und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung inhaltlich und formell nur dann zulässig ist, wenn der Abschluß

- erforderlich ist, um die Gemeinde in den Stand zu versetzen, auch ihrerseits die ihr bei der Durchführung des Vorhabens entstehenden Verpflichtungen einzuhalten (Sachbezogenheit),
- die Höhe des Beitrages angemessen ist, um keine Abhängigkeit der Gemeinde vom Bauträger bezüglich der von der Gemeinde durchzuführenden Aufgaben aufkommen zu lassen (Angemessenheit) und
- die Entwicklung zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar war (Vorhersehbarkeit).

Unzulässig sind Folgelastenverträge, wenn
- ein Bebauungsplan bereits vorliegt, §§ 30, 31 Abs. 1 BBauG,
- ein solcher nach dem Stande der sozialen und strukturellen Entwicklung bereits hätte beschlossen sein müssen,
- bereits von der Gemeinde beschlossen war, einen Plan aufzustellen, § 33 BBauG,
- das Vorhaben im nichtbeplanten Innenbereich durchgeführt werden soll, § 34 BBauG, sowie
- bei einer nachträglichen, wesentlichen Abänderung oder bei einer Aufhebung des Bebauungsplanes, gleichgültig, ob es sich um Pläne handelt, die aufgestellt worden sind, weil sie räumlich und zeitlich erforderlich waren oder ob es sich um eine vorgezogene Planung handelt.

In der Praxis könnte die Einhaltung dieser Voraussetzung dazu führen, daß die Gemeinde einerseits in der Regel für eine geordnete, zeitgerechte Entwicklung Sorge tragen und ihre Finanzierung im Rahmen eigener Möglichkeiten vorher sichern wird. Andererseits ist ihr nicht unmöglich, unvorhergesehene, vorzeitige Planentwicklungen durchzuführen, die sich der Gemeindestruktur langfristig anpassen, falls der Bauinteressent bereit ist, einen Teil der Gelder, die die Gemeinde selbst aufzubringen in der Lage nicht ist, zur Finanzierung der Folgeeinrichtungen zu übernehmen.

IV. Die Form des Folgelastenvertrages

1. Grundsätzliche Formfreiheit

Die Frage nach der Formbedürfigkeit des Folgelastenvertrages ist folgendermaßen zu beantworten:
Da es zur Zeit keine bindende Formvorschrift im öffentlichen Recht gibt[1], eine bürgerlich-rechtliche Vorschrift, die eine bestimmte Form verlangt und zumindest analog angewendet werden könnte, für den Folgelastenvertrag nicht existiert, besteht grundsätzlich Formfreiheit[2].

2. Bedenken

Jedoch ist auch hier wieder - wie bei dem Erschließungsvertrag - auf den Regierungsentwurf zum VerwVerfG 1973[3] hinzuweisen, der den berechtigten Bedenken Rechnung trägt, die in der Bedeutung des öffentlichen Vertrages begründet sind[4], und der eine schriftliche Fixierung der Abrede vorschreibt.

Im Hinblick auf § 53 dieses Entwurfes und die Bedeutung der Folgelastenverträge ist zum Zweck der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu fordern, daß derartige Verträge schriftlich abgeschlossen werden. Solange jedoch diese im Regierungsentwurf bereits niedergelegte Forderung nicht geltendes Recht geworden ist, solange bleibt der Abschluß von Folgelastenverträgen formfrei.

---

1) vgl. S. 96 ff.
2) Literatur bei Johlen, DVBl. 72, S. 881.
3) BTag-Drucks. VII 910.
4) siehe Forsthoff, Lehrbuch, S. 281.

V. Das Problem der gerichtlichen Kontrolle

In der Praxis wird sich den Gerichten die Frage stellen, wie eine gerichtliche Kontrolle von Folgelastenverträgen durchgeführt werden kann. Das BVerwG[1] glaubt bei einer strikten Inhaltskontrolle im Einzelfall jeweils beurteilen zu können, ob die Grenzen des Rechtsstaates gewahrt worden sind. Die Bedenken, die hierzu von v. Mutius geäußert werden, berühren den kritischen Punkt genau[2]: zum einen wird vom Gericht ein Höchstmaß an Tatsachenaufklärung gefordert, zum anderen kommt eine gerichtliche Beurteilung häufig zu spät, da bereits "Planfakten" durch Vollzug des Planes geschaffen wurden.

1. Vermutung der grundsätzlichen Unzulässigkeit

Es erscheint nichts mit dem Vorschlag von v. Mutius[3] gewonnen, aus diesen Gründen von der grundsätzlichen Unzulässigkeit von ("typischen") Folgelastenverträgen auszugehen, ihre Rechtmäßigkeit im Einzelfall aber ausnahmsweise anzunehmen, wenn es demjenigen, der sich auf die Wirksamkeit des Vertrages berufen will, gelingt, die dargestellten Bedenken gegen jene Regelungsform zur Überzeugung der Kontrollinstanz auszuräumen. Denn es wird dann nur eine nachträgliche Kontrolle durchgeführt werden können; mit einem "Planvollzug" ist zu rechnen. Außerdem wird sich in der Regel auf die Zulässigkeit nur die Gemeinde berufen, da allein sie

---

1) BVerwG vom 6. 7. 1973 in DVBl. 73, S. 800.
2) VA 1974, S. 215.
3) aaO, S. 216.

an der Zahlung des Folgelastenbeitrages interessiert ist.

2. Kontrollmöglichkeiten der Gerichte und Aufsichtsbehörden nach dem BBauG

Von der Vermutung der grundsätzlichen Unzulässigkeit von Folgelastenverträgen auszugehen, ist nicht notwendig. Soweit die Freiheit des Planungsermessens der Gemeinde in Frage steht, läßt die Regelung des BBauG eine gerichtliche Kontrolle zu, sofern gewisse tatsächliche Voraussetzungen bei der Aufstellung des Bebauungsplanes beachtet worden sind[1].

2.1 Nach § 2 Abs. 5, 6 und 8, § 9 Abs. 6 und den §§ 11 - 13 BBauG besteht nämlich eine ausreichende gerichtliche und aufsichtsbehördliche Kontrolle in formeller und materieller Hinsicht, die bei richtiger, d. h. strenger Handhabung schon präventiv verhindern könnte, daß einzelne Gemeinden unter Druck und unter unsachgemäßer Bevorzugung individueller Interessen beim Abschluß von Folgelastenverträgen verbindlich neue Gebiete ausweisen. Grundlage hierfür ist die Begründungspflicht der Gemeinde im Genehmigungsverfahren gemäß § 9 Abs. 6 S. 1 BBauG[2]. Die Begründung ist zwar nicht Teil des Bebauungsplanes, vgl. § 2 Abs. 6 S. 1, § 12 S. 1 und 3 BBauG[3]; sie ist aber mit dem Plan der Bauleitplangenehmigungsbehörde vorzulegen[4]. Sie

---

1) Schrödter, § 10, 12 ff.
2) Gelzer, Rdn. 226 ff.
3) ders., Rdn. 223; vgl. Brügelmann-Grauvogel, § 9 IV 2 b aa.
4) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 9, 92; Schrödter, § 9, 23; Brügelmann-Grauvogel, § 9 IV 2 a.

ist somit wesentliches Erfordernis bei der Aufstellung des Planes. Fehlt sie, so darf der Plan nicht genehmigt werden[1]. Ist sie unvollständig, so ändert sich jedoch nach einer weit verbreiteten Praxis und Ansicht in der Literatur nichts an der Rechtsgültigkeit des Planes[2].

Dies erscheint jedoch zweifelhaft. Denn Zweck des Begründungszwanges ist nicht nur die Information der Öffentlichkeit, vgl. § 2 Abs. 6 BBauG; wesentliche Bedeutung hat die Begründung hinsichtlich der aufsichtsrechtlichen und der gerichtlichen Kontrolle. Diese Ansicht vertritt auch das BVerwG[3]; es stellt darauf ab, daß angesichts des weiten planerischen Ermessens eine gerichtliche Kontrolle schwierig ist, wenn keine oder nur eine ungenügende Begründung vorliege. Die Begründung habe daher, wenn die Begründungspflicht überhaupt einen Sinn habe, die tragenden Gesichtspunkte für die Neuregelung darzulegen. Die Gründe für die Planung, das "Warum" der Planung darzulegen[4], ist zugleich ein Mittel für die Gemeinde, sich selbst über Notwendigkeit, Umfang und Durchführung der Planung Vorstellungen zu machen[5].

Die Verpflichtung zur Begründung zwingt infolgedessen nicht nur die Gemeinde, sich selbst ge-

---

1) Schrödter, § 9, 23.
2) streitig, so aber BGH vom 22. 2. 1968 in DVBl. 69, S. 205; Brügelmann-Grauvogel, § 9 IV 2 b; a. A.: OVG Saarland vom 27. 9. 1965 in BBauBl. 66, S. 463; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 9, 92; Meyer-Stich-Tittel, § 9, 16; Schrödter, § 9, 16; Gelzer, Rdn. 218 ff.; Schütz-Frohberg, § 9, S. 73.
3) vom 7. 5. 1971 in DVBl. 71, S. 759; vgl. auch BayVGH vom 18. 3. 1971 in BayVBl. 71, S. 230.
4) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, § 9, 93.
5) vgl. Begründung zu § 12 Reg.-Entw. der BTag-Drucks. III 336, S. 64.

genüber die in § 1 Abs. 4 und § 2 Abs. 1 BBauG aufgestellten Forderungen Rechenschaft abzulegen, den geographischen, statistischen und sozialen Sachverhalt bezüglich der Bedürfnisse der Bevölkerung zu analysieren und eine entsprechende Bestandsaufnahme zu machen, sondern gibt gleichzeitig den Bauplangenehmigungsbehörden und den Gerichten bei der Beurteilung, ob der mit in dem Zusammenhang des betreffenden Bebauungsplanes abgeschlossene Folgelastenvertrag zulässig ist, entscheidende und unentbehrliche Anhaltspunkte. Nur so kann gewährleistet werden, daß der im BBauG überhaupt und im Planfeststellungsverfahren vorgesehene Schutz der Bürger erhalten bleibt.

2.2 Zuzugeben ist, daß der Rechtskontrolle relativ enge Grenzen gesetzt sind. Die Bauleitplanung ist nicht bloß administratives, insofern kontrollierbares Instrument. Sie hat auch starken politischen Charakter. Insofern und gerade deshalb besteht eine weite Entscheidungsfreiheit im Rahmen des § 1 Abs. 4 und dem § 2 Abs. 1 BBauG[1]. Soll die Planungshoheit der Gemeinden nicht in ihrem Wesensgehalt zerstört werden, darf das planerische Ermessen nicht übermäßig eingeschränkt werden.

Trotzdem ist es wohl richtig, aus Gründen einer besseren gerichtlichen Kontrolle besondere Anforderungen an die Begründungspflicht im Rahmen des § 9 Abs. 6 BBauG zu stellen. Wo die Grenze im Einzelfall zu ziehen ist, kann generell nicht entschieden werden.

---

1) Gelzer, Rdn. 266 ff.

2.3 Bei der Begründung soll auch der Kostenpunkt angeschnitten werden, § 9 Abs. 6 S. 2 BBauG. Es handelt sich hier zwar nur um eine Sollvorschrift; diese ist auch nur auf die Kosten beschränkt, die der Gemeinde nach überschlägiger Ermittlung entstehen.

Primärer Zweck der Vorschrift ist also eine Selbstkontrolle der Gemeinde, nicht die Gewährleistung einer Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde oder ein Gericht. Es soll erreicht werden, daß nur überschaubare und für die Gemeindekasse tragbare Planungen durchgeführt werden[1]. Eine Kontrolle ist also nur in recht beschänktem Umfang möglich, soweit die Kosten betroffen sind. Die Angabe über Kosten und Dekkung der Kosten für die Folgeeinrichtungen bewahrt aber die Gemeinde zugleich davor, falls die einen Folgelastenvertrag abgeschlossen hat, daß ihr unberechtigterweise ein Vorwurf gemacht wird.

Was ein unangemessener Folgelastenbeitrag ist, kann nur im Einzelfall entschieden werden. Auf jeden Fall ist es wohl richtig, auf die entsprechende Bestimmung des Erschließungsrechtes in § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG zu verweisen. In Anbetracht der Tatsache, daß Folgeeinrichtungen Einrichtungen sind, die die Gemeinde grundsätzlich selbst zu erstellen hat, dürfte man jedoch auf eine über die in § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG geforderte 10 % hinausgehende Beteiligungsquote kommen. Auch in dieser Frage kann sich die angemessene Höhe kaum danach richten, ob die

---

1) Knaup-Ingenstau, § 9, Rdn. 34; Gelzer, Rdn. 220; Reg.-Entw. zum BBauG in BTag-Drucks. III 336, S. 64.

Folgeeinrichtungen auch sonst bald erforderlich gewesen wären oder ob es sich um Folgeeinrichtungen handelt, die auch anderen Bürgern zugute kommen, wie z. B. ein neues Hallenbad.

3. Schlußfolgerung

Zieht man ein Fazit, so kann man feststellen, daß der Abschluß von Folgelastenverträgen nur unter eng begrenzten Voraussetzungen zulässig ist. Um die mißliche Situation zu vermeiden, daß erst aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Folgelastenabrede festgestellt wird, ist es wünschenswert, daß die entscheidenden Kriterien durch den Gesetzgeber normiert werden. Insbesondere sollte aus Gründen der Überprüfbarkeit auf den eingehenden Begründungszwang hingewiesen werden, um sowohl die Nachprüfung der Einhaltung des Planungsermessens[1] als auch insbesondere der Angemessenheit des Folgelastenbeitrages[2] zu ermöglichen.

---

1) oben S. 149 ff, S. 199.
2) oben S. 170 ff.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 22. 8. 1944 als Sohn des Oberst a. D. Volker Zschoch und seiner Frau Gisela, geborene Thiele, in Radebeul bei Dresden geboren.

Nach dem Besuch des Staatlichen Beethoven-Gymnasiums in Bonn (altsprachlicher Zweig), das ich mit dem Abitur am 21. 2. 1964 verließ, und einem zweijährigen Wehrdienst begann ich 1966 mein Jurastudium in Bonn. Nach zwei Studiensemestern in Freiburg in den Jahren 1967/1968 setzte ich das Studium in Bonn fort. Am 12. 6. 1971 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung.

1971 begann ich die Referendarausbildung im Oberlandesgerichtsbezirk Köln, die ich am 11. 7. 1975 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung abschloß. Seit dem 1. 11. 1975 bin ich in der Verwaltung der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule in Aachen tätig.

Fotodruck: Mainz, Aachen, Malteserstraße 9, am Ponttor, Telefon (02 41) 2 73 05
Betrieb: Neupforte 13, Nähe Markt